

مجمع الزواجر المحمدي

الوزير

في مصر في القرن الثاني عشر

نظرة على الإسلام يومه عام

الإشهاد في آثار الإسلام

الشيخ الشافعي

دار الكتب المصرية

القاهرة











الوسيط  
في شرح القانون المدني الجديد  
(٢)

نظرية  
الالتزام بوجه عام

الأشياء - آثار الالتزام

تأليف

عبد الزاق محمد الشاذلي

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية  
ودبلومه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس



## خطة البحث

### ١ - إلمة نظرية الالتزام على فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية

#### ١ - التصرف القانوني والواقعة القانونية والتمييز فيما بينهما : إلمة

التفه الحديث إلى التاية بالتمييز بين التصرف القانوني (acte juridique) والواقعة القانونية أو المادية (fait juridique, matériel) بمد أن أأسى الأهمية البالغة لهذا التمييز<sup>(١)</sup>.

فالتصرف القانوني هو الإرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين ، فحرب القانون عليها هذا الأثر . مثل ذلك العقد ، فهو تصرف قانوني يقوم على تطابق إرادتين ، وقد ينشأ الحقوق الشخصية أو يكسب الحقوق العينية . ومثل ذلك أيضاً الوصية ، فهي تصرف قانوني يقوم على إرادة منفردة ، ويكسب الحقوق العينية . والوفاء والإبراء ، الأول تصرف قانوني يقوم على تطابق إرادتين ، والثاني تصرف قانوني يقوم على إرادة منفردة ، وكلاهما يقضى الحقوق الشخصية . والتزول عن حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن ، وهو إرادة منفردة ، يقضى الحقوق العينية . وإجازة العقد القابل للإبطال ، وقبول المستع لما اشترط في مصلحته ، وإقرار رب العمل لتصرف الفضولي ، كل هذه تصرفات قانونية ، وفيها جميعاً نرى إرادة منفردة تتجه لإحداث أثر قانوني : تصحيح العقد القابل للإبطال ، أو تأكيد الحق الشخصي الناشئ من الاشتراط لمصلحة الغير وجعله غير قابل للتقص ، أو تحويل الفضولي إلى وكيل . ونرى من ذلك أن التصرف القانوني ، سواء قام على تطابق إرادتين أو قام على إرادة منفردة ، قد ينشأ

(١) لاقتصد إلى معالجة موضوع التصرف القانوني والواقعة القانونية ، فهو موضوع جة ملحق ، وليس مكانه هنا . وقد سبق أن عالجت في دروس الترتيبات بقسم الدكتوراه بمجاسة التنازع ، وفي الدروس التي منشور إليها من وقت إلى آخر . وسبق أيضاً أن أشرنا إلى التمييز ما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية ، وإلم أنها هما المصدران لجميع الروابط القانونية ، في كتابنا ونظرية العقد وفي الجزء الأول من هذا « القريب » .

### ٣- ترتيب مسائل القانون على أساس فكرة التصرف القانوني

والواقعة القانونية: ونرم هنا الخطوط الرئيسية لترتيب جديد لمسائل القانون على أساس فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية ، بدلا من قيامه على فكرة الحق الشخصي والحق العيني، لئلا ما يؤدي إليه هذا التقسيم الجديد من النتائج . وقد سبق أن رسمنا الخطوط الرئيسية لهذا الترتيب الجديد على النحو الآتي (١):

تقسم مسائل القانون المدنى فى المعاملات إلى قسمين رئيسيين : القسم الأول فى التصرف القانوني والقسم الثانى فى الواقعة القانونية . ويضرب كل من هذين القسمين إلى بابين : الباب الأول فى أركان التصرف أو أركان الواقعة ، والباب الثانى فى آثار كل منهما .

وتعالج فى باب أركان التصرف القانوني المسائل الآتية (١) الإرادة ومظهر التعبير عنها - الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة (٢) الشكل (٣) الأهلية (٤) عيوب الإرادة (٥) أوصاف الإرادة من شرط وأجل وقضامن وعلم قابلية للانقسام (٦) المحل وتعذره من محل تخييرى ومحل بطل (٧) السبب ، وهنا يدرس التصرف المبرود (٨) إثبات التصرف القانوني .

وتعالج فى باب آثار التصرف القانوني : (١) الآثار بالنسبة إلى الأشخاص (ب) الآثار بالنسبة إلى الموضوع . وفى الآثار بالنسبة إلى الأشخاص تعالج المسائل الآتية : (١) النيابة فى التعاقد (٢) الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير (٣) الخلف الخاص (٤) الخلف العام (٥) الدائن - وفى الآثار بالنسبة إلى الموضوع تعالج المسائل الآتية : (١) إنشاء الالتزام (العقد والإرادة المنفردة) (٢) نقل الالتزام (حوالة الحق وحوالة الدين) . (٣) إنهاء الالتزام، ويبحث هنا الوفاء (بما يتضمنه من تنفيذ عيني وتعويض وإكراه مالى) كما يبحث التجديد والإبراء ، لأن هذه الأسباب الثلاثة لانقضاء الالتزام هى تصرفات قانونية (٤) إنشاء الحق العيني ونقله وإنهاؤه (العقد والوصية والتنازل) (٥) أى أثر قانوني آخر كالأثار التى تترتب على الأعذار والأجازة وإقرار العقد .

(١) « التصرف القانوني والواقعة القانونية » دروس الدكتوراه المشار إليها - ص ١٤١ -

وتعالج في باب أركان الواقعة القانونية المسائل الآتية : (١) التمييز الدقيق ما بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني (٢) الوقائع البسيطة والمركبة والمختلطة (٣) محاولة حصر الوقائع القانونية (٤) إثبات الواقعة القانونية .

وتعالج في باب آثار الواقعة القانونية المسائل الآتية : (١) إنشاء الالتزام ، وهنا تبسط القواعد المتعلقة بالعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والوقائع الأخرى التي يرتب القانون عليها إنشاء الالتزام (٢) إنهاء الالتزام ، وهنا تبسط القواعد المتعلقة بالمقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقادم ، لأن هذه الأسباب الأربعة لانقضاء الالتزام هي وقائع مادية (٣) إنشاء الحق المعنى ونقله وإنهاؤه ، وهنا تبسط القواعد المتعلقة بالاستيلاء والميراث والاتصاف والشفعة والحيازة والتقادم (٤) أي أثر قانوني آخر ، كقطع التقادم بترك الحيازة ووقفه مانع قانوني وانتقال الرهن إلى التعويض بهلاك العين المرهونة .

٤ — مزايا هذا الترتيب وهي : ولا شك في أن هذا الترتيب الجديد يحدث انقلاباً خطيراً في الخطط المألوفة لمعالجة هذه المسائل . فهناك مسائل تقاربت بعد أن كانت متباعدة ، كما هو الأمر في الجمع ما بين الإرادة وأوصافها من شرط وأجل وتضامن وعدم قابلية للتقسام ، وكما هو الأمر في التقرب ما بين محل وتعدد من محل تخيير ومحل بطل ، وفي هذا كله وضوح أكبر . وهناك مسائل تباعدت بعد أن كانت متقاربة ، كما هو الأمر في التباعد ما بين مصادر الالتزام إذ العقد والإرادة المنفردة يعالجان في التصرف القانوني والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب يعالجان في الواقعة القانونية ، وفي هذا تنسيق أدق ، وكما هو الأمر في التباعد ما بين أسباب انقضاء الالتزام فالوفاء والتجديد والإبراء أسباب انفصلت عن أسباب أخرى مماثلة هي المقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقادم ، وهذا التشييت لأجزاء الموضوع الواحد ينطوي على شيء من الغموض . ومن ثم كانت هذه التغييرات الأساسية من شأنها ، كما قلنا ، أن تلمس معالم النظريات المألوفة . وهي تختلف في حفظها من التوضيح ، فبعضها يجعل الغامض واضحاً ، وبعضها يقلب الواضح غامضاً .

على أن شيئاً في وسط هذه التحويرات الخطيرة يبرز في وضوح . هو أنه لا يمكن الاستغناء مطلقاً عن نظرية للالتزام في ذاته ، لتبين حقوق

الدائن في أموال مدينه ، ولتقرر أن مجموع هذه الأموال ضمان عام للدائن ، ولتحدد ما للدائن من دعاوى بالنسبة إلى هذه الأموال . كما لا يمكن الاستفتاء عن استعراض الحقوق العينية ، الأصلية منها والتبعية ، حقاً حقاً ، لتقرير مقومات كل حق وخصائصه وآثاره <sup>(١)</sup> .

ونحن ممن يؤمنون بأن نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية لا بد من صياغتها نظرية شاملة تنظم جميع نواحي القانون ، بل نحن من العاملين على ذلك والمساهمين فيه بما في الجهد من طاقة . ولكن حتى اليوم لم يوفق الفقه المصري ولا الفقه الفرنسي إلى صياغة هذه النظرية . لذلك لا نرى بدأً - في الحالة الحاضرة للفقه - من التزام الترتيب التقليدي لمسائل القانون ، وإقامة هذا الترتيب على فكرة الحق الشخصي والحق المعنى لأعلى فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية . وهذا ما جرينا عليه في الجزء الأول من هذا الكتاب ، فعالجنا مصادر الالتزام ، وجمعنا في صعيد واحد ما بين التصرف القانوني في العقد والإرادة المنفردة وبين الواقعة القانونية في العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب .

## ٢ - الرجوع إلى التقسيم التقليدي - مصادر الالتزام

### والالتزام في ذاته

٥ - نظرية الالتزام - مصادر الالتزام والالتزام في ذاته :  
سبق إذن أمنا على التقسيم التقليدي ، ما دامت نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية لم تتم صياغتها . فالمعاملات المدنية تدور كلها حول قسمين رئيسين : الحق الشخصي (نظرية الالتزام) والحق المعنى .  
ونظرية الالتزام بلورها تتناول مصادر الالتزام - وقد فرغنا من معالجتها - ثم الالتزام في ذاته ، وهو ما نعالجه الآن .

---

(١) «التصرف القانوني والواقعة القانونية» دروس الدكتوراء المشار إليها ص ١٢٢ - ص ١٢٣ .

٦ - **الالتزام في ذاته** : والالتزام في ذاته - مجرداً عن مصدره - هو موضوع دراستنا في الجزئين الثاني والثالث من هذا (الوسيط) .

ذلك أن الالتزام - أيا كان مصدره - يمكن النظر إليه في ذاته من حيث إنه يولد آثاراً قانونية ، سواء في صورته البسيطة أو في صورة أخرى معدلة بما يلحقه من الأوصاف ، ومن حيث جواز انتقاله من دائن إلى دائن أو من مدین إلى مدین ، ومن حيث انقضاؤه فان مصير كل التزام إلى الزوال . وقبل هذا وذاك يجب إثبات الالتزام إذا وقع فيه نزاع حتى يتمكن الدائن من المطالبة به .

فيجتمع لنا إذن أقسام خمسة : (١) آثار الالتزام (٢) أوصاف الالتزام (٣) انتقال الالتزام (٤) انقضاء الالتزام (٥) إثبات الالتزام .

٧ - **نظم قسم الإثبات** : ونبدأ بقسم الإثبات ، ثم تعقبه الأقسام الأخرى .

وقد قدمنا الإثبات على غيره من الأقسام - خلافاً للمألوف - لأن الإثبات إنما ينصب على مصادر الالتزام لاعلى الالتزام ذاته . وقد فرغنا من معالجة هذه المصادر ، فيكون منطقياً أن نعالج عقب ذلك مباشرة طرق إثباتها . بل إن الإثبات لا ينصب على مصادر الالتزام فحسب ، إذ هو يتناول التصرف القانوني والواقعة القانونية في مجموعهما وفيما يترتب عليهما من توليد جميع الآثار القانونية في كل نواحي القانون . فنظرية الإثبات إذن نظرية عامة ، مثلها في ذلك مثل التصرف القانوني والواقعة القانونية . ومكانها الطبيعي إنما هو في القسم العام من التقنين . فإذا لم يتيسر ، لأسباب عملية سيأتى ذكرها ، معالجتها في مكانها الطبيعي ، ولم يتيسر كذلك معالجتها قبل نظرية الالتزام - وقد كان هذا أيضاً منطقياً إذ هي تتناول إثبات الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء - فلا أقل من معالجتها ، بعد أن وضعت في نظرية الالتزام ، عقب مصادر الالتزام ، إذ الإثبات ينصب كما قدمنا لاعلى الالتزام بل على مصدره . كذلك يبدو طبيعياً ، قبل أن نتكلم في آثار الالتزام وأوصافه وانتقاله وانقضاؤه ، أن نبين كيف يثبت وجود هذا الالتزام إذا نوزع فيه .

فالترتيب الذى سنجرى عليه فى معالجة هذه الأقسام الخمسة هو إذن البدء بالإثبات ، وبعده الآثار فالأوصاف فالانتقال فالانقضاء . ونحن فى هذا نتابع ثيوب التفتين المدنى الجديد ، فبما هذا تقديم قسم الإثبات على الأقسام الأخرى للاعتبارات التى قدمناها .

٨ - موضوعات هذا الجزء الثانى من الوسيط : وقد كان منطقياً أن نجمع هذه الأقسام الخمسة فى جزء واحد ، لتقابل بذلك مصادر الالتزام ، وقد حوّلنا فى الجزء الأول ، بالالتزام فى ذاته ويتناول هذه الأقسام الخمسة . ولستنا نبيّن أن جزءاً واحداً يضمن جميع هذه الأقسام . فلم يسمنا إلا أن نفرّد الجزء الثانى من الوسيط لقسمين منها - قسم الإثبات وقسم الآثار - مرجعين الأقسام الثلاثة الأخرى - الأوصاف والانتقال والانقضاء - لمعالجتها فى الجزء الثالث .



القِسْمُ الْأَوَّلُ

الاثبات



## خطة البحث

٩ — نقدم للإثبات بنظرة عامة في تعريفه ومكانه في القانون والمبادئ الرئيسية التي تقوم عليها قواعده . ونستعرض في القسم الثاني من هذه المقدمة مسائل الإثبات الثلاث : محل الإثبات ومن يحمل عبثه وطرقه المختلفة .

فاذا ما تبيأت للقارئ فكرة عامة عن الإثبات في جملته ، عاجلنا مسائله بالتفصيل في أبواب ثلاثة . نبحث في الباب الأول منها الكتابة ، وفي الباب الثاني البيئة والقرائن القضائية ، وفي الباب الثالث الإقرار واليمين والقرائن القانونية ويدخل فيها حجية الأمر المقضي . وسنبين في نهاية المقدمة الأساس الذي يقوم عليه هذا التوزيع .



## مقدمة<sup>(\*)</sup>

### ١٤ - نظرة عامة في الإثبات

أولاً - تعريف الإثبات وأهميته ومكانه في القانون

#### ١ - تعريف الإثبات وأهميته :

١٠ - تعريف الإثبات : الإثبات - بمعناه القانوني - هو إقامة الدليل

---

(\*) بعض المراجع الأساسية : بونيه (Bonnier) في الإثبات في القانون المدني والقانون الجنائي سنة ١٨٨٨ - راؤول دي لا جراسيري (Raoul de la Grasserie) في الإثبات في المواد المدنية والجنائية في القانون الفرنسي والتشريعات الأجنبية سنة ١٩١٢ - تفتيه (Thevenet) تعديل جديد في النظرية التقليدية للإثبات (المجلة العامة ١٩٣٤ ص ١٢٧) - ليدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات في القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٤ (بالفرنسية) - جان دابيا (Jean Dabia) في صياغة الدليل القانوني وبخاصة في القانون المدني سنة ١٩٣٥ - ليدكتور حل راشد في الافتتاح الشخصي للقاضي رسالة من باريس سنة ١٩٤٢ (بالفرنسية) - جورف (Gorphe) في تقدير الأدلة أمام القضاء سنة ١٩٤٧ - رولوس (Reulon) في نظرية الإثبات والطرق الفنية الحديثة في نسخ المستندات (المجلة الفصلية في القانون التجاري سنة ١٩٤٨ ص ٦٠٨) - هنري موتسكي (Henri Motulsky) في المبادئ العامة لتطبيق القانون الخاص تطبيقاً منهجياً باريس سنة ١٩٤٨ - جاك فلور (Jacques Flour) بعض الملاحظات على تطور الأوضاع الشكلية (مفترقات ريبير سنة ١٩٥٠ ص ٩٢) - روجيه ديكونتيس (Roger Decotignies) في القرائن في القانون الخاص باريس سنة ١٩٥٠ . وهذا غير المؤلفات المبسطة المعروفة في شرح القانون : كالمف الفرنسي ، ونذكر منها بنوع خاص : لوبري ورو وبارتان جزء ١٢ طبعة خاصة - بودري وبارد الجزآن الثالث والرابع طبعة ثالثة - بلانيول وريبير وبيابوله الجزء السابع طبعة ثالثة - بيدان وبيرو "الجزء التاسع طبعة ثالثة - دي باج (في شرح القانون البلجيكي) الجزء الثالث طبعة ثالثة - وغير المؤلفات الموجزة المعروفة : بلانيول وريبير وبيولانجه طبعة ثالثة - كولان وكايتان وجوليوي دي لاموراندوير (طبعة حاشية) - چوسران طبعة ثالثة .

وفي لفتقه المصري : الأستاذ عبد السلام نضي في الأدلة - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات =

أمام القضاء ، بالطرق التي حددها القانون ، على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها (١) .

#### ١١ - ما يستخلص من هذا التعريف - أهمية الإثبات : ويستخلص

من هذا التعريف الأمور الأربعة الآتية :

(١) الإثبات بمعناه القانوني هو غير الإثبات بمعناه العام . فالإثبات بالمعنى العام لا يتخصص بأن يكون أمام القضاء ولا بأن يكون بطرق محددة . بل هو طبق من هذه القيود . فالباحث في التاريخ يستجمع أدلته على صحة الوقائع التاريخية التي يقررها من المستندات التي تحت يده أو من أية طريقة أخرى يراها كافية للإثبات . وهذا هو شأن الباحث في أى علم . وقد غلب على العلم في تطوراته الأخيرة أن تكون أدلته تجريبية ، يتلمسها الباحث في المعامل وعن طريق الاستقصاء والاستخلاص الصحيح من الإحصاءات الدقيقة . فالإثبات التاريخي ، والإثبات العلمي ، والإثبات بوجه عام ، لا ترد عليه قيود الإثبات القضائي .

ويختلف الإثبات القضائي عن الإثبات غير القضائي من وجوه . فالإثبات القضائي مقيد في طرقه وفي قيمة كل طريقة منها . أما الإثبات غير القضائي فخلاقيد عليه كما قلنا . والإثبات القضائي متى استقام ملزم للقاضي ، فبمعين عليه أن يقضي بما يؤدي إليه هذا الإثبات من النتائج القانونية ، وإلا كان في امتناعه نكول عن أداء العدالة (déni de justice) . أما الإثبات غير القضائي فلا يتعين فيه على الباحث أن يأخذ بنتائج محددة ، بل هو حر في البحث . ثم إن ما ثبت عن طريق القضاء يصبح حقيقة قضائية يجب التزامها ولا يجوز الانحراف عنها ، وهذا ما يسمى بحجية الأمر المقضي (autorité de la chose jugée) . أما ما ثبت بطريق علمي أو بأى طريق آخر فانه لا يعتبر حقيقة ثابتة لا تتغير ، فكثيراً

== (طبعة خامسة) - الموجز للمؤلف - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات (طبعة ثانية) - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات في المبادئ المدنية (طبعة ثانية) - الأستاذ عبد الساطع جيسى في نظام الإثبات في القانون المدني المثلث المصري . وانظر أيضاً نظرية الإثبات في القوانين العربية للأستاذ حسين المؤمن - وطرق القضاء في الفقه الإسلامي للأستاذ أحمد إمام . وعند الإشارة إلى المؤلفات التي تكرر طبعتها نشير إلى الطبعة التي ذكرناها هنا .

ما يستبين أن الحقائق العلمية ليست إلا فروضاً غير دقيقة ، ثم ينكشف بفقد ذلك خطؤها ، ويقوم مقامها حقائق أخرى هي أيضاً قابلة للتغيير<sup>(١)</sup> .

(٢) ولما كان الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون ، وكان الإثبات القضائي مقيداً إلى هذا الحد ، فإن الحقيقة القضائية تصبح غير متفقة حتماً مع الحقيقة الواقعية ، بل كثيراً ما تنفرج مسافة الخلف ما بين الحقيقتين ، وتجاوئ إحداهما الأخرى . وفي هذا ما يجعل الحقيقة القضائية في بعض الحالات منزلة عن الواقع ، بل بعيدة عن الحق ، أقرب إلى أن تكون مصطلحاً فنياً منها حقيقة واقعية<sup>(٢)</sup> . وسنعود إلى هذا المعنى في موضع آخر .

(٣) ولما كان الإثبات القضائي إنما ينصب على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها ، فحلل الإثبات إذن ليس هو الحق المدعى به ولا أي أثر قانوني آخر يتصل به المدعى في دعواه ، وإنما هو المصدر القانوني الذي ينشأ هذا الحق أو هذا الأثر . والواقعة القانونية التي هي محل الإثبات يقصد بها هنا معناها العام ، أي كل واقعة أو تصرف قانوني يرتب القانون عليه أثراً معيناً . فالعمل غير المشروع واقعة مادية يرتب القانون عليها التزاماً بالتحريض . والعقد تصرف قانوني يرتب القانون عليه الالتزام الذي اتفق عليه المتعاقدان . وكل من العمل غير المشروع والعقد واقعة قانونية يرتب القانون عليها أثراً ، وهي — أي هذه الواقعة القانونية — دون الأثر الذي يترتب عليها ، التي تكون محلاً للإثبات وسنعود إلى هذه المسألة ببيان أوفى<sup>(٣)</sup> .

---

(١) انظر في مقارنة دقيقة بين الإثبات القضائي والإثبات العلمي أو التاريخي بارلان على أوربي دور جزء ١٢ فقرة ٧٤٩ حاشية رقم ٢ مكرر ، وأنظر أيضاً : بلانجول وديور وجابول ٧ فقرة ١٤٠٧ — ص ٨٢٨ — ص ٨٢٩ — بيدان وديور فقرة ١١٣٨ ص ٣٠٦ — الأستاذ عبد الباسط جسيبي نظام الإثبات في القانون المذهب المصري ص ٣٩ — ص ٤٢ .

(٢) وقد مر الإثبات القضائي في تاريخ الإنسانية بمراحل يسبق المقام هنا من الخوض فيها . فقد كانت الإنسانية في طفولتها تليقاً في الإثبات القضائي إلى ضروب من السرور والشمسة . ثم لجأت إلى الدين ، من حلف واستعانة الله ولقائهم على المظلم من الحصين . وكان القتال ، بل الانتصار ، من الأدلة القضائية منذ بعض الأمم في فجر التاريخ ( انظر في هذا راؤول دي جراسيرى (Raoul de la Grasserie) في الإثبات في المراء المدنية والجنائية في القانون الفرنسي والتشريعات الأجنبية ص ١٨ — الأستاذ أحمد نقاش في الإثبات جزء أول ص ٩ — ص ١٢ ) .

(٣) وقد قلب العادة فيجري القلم بذكر إثبات الحق ، والمقصود دائماً هو إثبات الواقعة القانونية التي أنشأت الحق .

(٤) وما دام الإثبات القضائي هو إقامة الدليل أمام القضاء على الواقعة التي يربط القانون عليها آثراً ، فعنى ذلك أن هذه الواقعة إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق هذا الإثبات القضائي . فالحق الذي ينكر على صاحبه ، ولا يقام عليه دليله القضائي ، ليست له قيمة عملية ، فهو والمعدم سواء من الناحية القضائية . قد يكون للحق وجود قانوني حتى لو لم يقم عليه الدليل القضائي ، وقد ينتج هذا الوجود بعض الآثار القانونية ، ولكن هذا من التلوة بحيث لا يقام له وزن ولا يحسب له حساب .

ومن ثم تبين أهمية الإثبات القضائي من الناحية العملية . فالحق - كما نقول المدكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الجديد<sup>(١)</sup> - يتجرد من قيمته ما لم يقم الدليل على الحادث المبدئ له ، قانونياً كان هذا الحادث أو مادياً ، والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومقد النفع منه . « ونظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية . بل هي النظرية التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض لها من أفضية »<sup>(٢)</sup> .

## ب - مكان الإثبات في القانون

١٢ - انقسام الشرائع إلى طوائف معلومة : يتنازع قواعد الإثبات مكانان ، مكان في التقنين المدني وآخر في تقنين المرافعات . ذلك أن هذه القواعد ناحيتين ، ناحية موضوعية هي التي تحدد طرق الإثبات المختلفة وقيمة كل طريقة منها ومن الذي يقع عليه عبء الإثبات وماذا يقوم باثباته ، وناحية شكلية هي التي تحدد ما ينبع من الإجراءات في تقديم طرق الإثبات فلفشهادة

(١) مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٢٤٩ .

(٢) الموجز فقرة ١١٤ ص ٦٤٥ . وأنظر : بلانول وريور وجابولك ٧ ص ١٤٠٦ ص ٨٢٥ وقد جاء فيه : « الدليل وحده هو الذي يمس الحق ويحصل مقبلاً » (La preuve) « ما لا دليل عليه هو والمعدم سواء » أو « يستوي حق مضمون وحق لا دليل عليه » (Idem est non esse aut non probari) ويقول أهرتج : « الدليل هو قوة الحق » (La preuve est la raison des droits) — أنظر أيضاً : بيدان وريور ٩ ص ١١٢٩ ص ٢٠٧ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١ ص ٢ .



والأوراق المكتوبة والخط في الخبرة وتخليف اليمين ونحو ذلك من طرق الإثبات إجراءات معينة رسمها القانون<sup>(١)</sup>.

وقد انقسمت الشرائع في مكان الإثبات إلى طوائف ثلاث . بعضها يجمع قواعد الإثبات في ناحيتها الموضوعية والشكلية ويضعها جميعاً في تقنين المرافعات ، كما فعل القانون الألماني والقانون السويسري<sup>(٢)</sup> . وبعضها يضع القواعد الموضوعية في التقنين المدني والقواعد الشكلية في تقنين المرافعات ، كما فعل القانون المصري والقانون الفرنسي وأكثر الشرائع اللاتينية<sup>(٣)</sup> . وطائفة ثالثة تفرد قواعد الإثبات جميعاً الموضوعية منها والشكلية بقانون خاص ، كما فعل

(١) بودوي وبارد ٣ فقرة ٢٠٥٩ .

(٢) ومذهب الأساتذة كولان وكايتان ودو لاموراندوير ( جزء ٢ ص ٧١٨ وجزء ١ ص ١٠٥ وما بعدها ) إلى هذا الرأي . كذلك يبدو أن الدكتور محمد صادق فهمي ( الإثبات في القانون المقارن ص ٨٥ — ص ٨٦ ) يميل إلى وضع قواعد الإثبات في تقنين المرافعات . انظر أيضاً بيدان ورو ٩ فقرة ١١٤٠ ، ص ٢٠٨ .

(٣) المرجع ص ٦٤٦ — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الجديد في هذا الصدد ما يأتي : « والواقع أنه يتضح من استظهار تبويب التقنينات المختلفة ومقارنة كل منها بالآخر ، أن الإثبات والتشهير لا ينزلان منها مكاناً واحداً . فبعض هذه التقنينات يفرد لها مكاناً في تقنين المرافعات ( مذهب التشريعات الجرمانية ) ، وبعضها يضمن أحكامها تشريعاً مستقلاً ( مذهب التشريعات الإنجليزية والأمريكية ) ، وبعض آخر يفرق هذه الأحكام بين التقنين المدني وتقنين المرافعات ( مذهب التشريعات اللاتينية ) . ويقوم مذهب الفريق الأخير من التقنينات على التفريق بين طائفة القواعد المتعلقة بالتنظيم الموضوعي ، وبين طائفة القواعد المتعلقة بالشكل والإجراءات ، ويلحق الأول بالتقنين المدني ، ويقرر ثمانية مكاناً في تقنين المرافعات . وتقتصر الطائفة الأولى على الأحكام المتعلقة بحمل الإثبات ، وبيان من يقع عليه عبءه ، وتفصيل طرقه ، وأحوال أصال كل من هذه الطرق . وغنى عن البيان أنه يقصد من هذه الأحكام بوجه عام إلى انقضاء المنازعات وتأمين ما ينبغي التعامل من استقرار ، ولعل هذا الغرض الوقائي بذاته هو أبرز ما ينبغي اتوجهه وضعا في نصوص التقنين المدني باختياره الأصل الجامع السامع للباقي في القانون . أما ما يتعلق من الأحكام بعمل طرق الإثبات فهو يتصل بناحية الشكل والإجراءات ولا سيما ما يقوم من هذه الطرق على التحقيق أو الخبرة . ويدعى أن مثل هذه الأحكام أعص طائفاً من الأحكام الموضوعية ، وهي تتم على وجه الأفراد بطابع قضائي يحمل خطابها ينصرف بوجه خاص إلى من يهده إليهم بتطبيق القانون والفصل في المنازعات . فأخلق بها ، والحال هذه ، أن تحمل مع سائر ما يتعلق بخصوصيات الشكل والإجراءات صعباً واحداً في تقنين المرافعات . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٧ — ص ٣٤٨ ) .

القانون الإنجليزي فيما أسماه بقانون الإثبات (law of evidence) وكما فعل القانون السوري فيما أسماه بقانون البينات<sup>(١)</sup>.

### ١٣ - بروز القواعد الموضوعية في الإثبات ووجوب بحثها في

التقنين المدني : وتقتضى سلامة النظر في هذه المسألة بتخطي الشرائع التي تضع قواعد الإثبات بناحيتهما الموضوعية والشكلية في تقنين المرافعات . قد توضع هذه القواعد كلها في التقنين المدني تغليباً للناحية الموضوعية على الناحية الشكلية فيلزم شملها<sup>(٢)</sup> . وقد توزع بين التقنين المدني وتقنين المرافعات كما تقتضى بذلك طبيعة كل طائفة من هذه القواعد . وقد تنفرد بمكان خاص تنزل به عن سائر التقنينات حتى لا تغطي ناحية من الناحيتين على الأخرى . ولكن أن يستقل بها جميعاً تقنين المرافعات فهذا ما لا وجه للنظر فيه<sup>(٣)</sup> . ولا يجوز تغليب الناحية

(١) وكذلك فعل القانون الأمريكي في قانون الإثبات (Law of evidence) . انظر في مكان الإثبات في كل من النظام اللاتيني والنظام الجرمانى والنظام الأنجلوسكسونى ، وذلك من ناحية التطور التاريخي ، رسالة الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات في القانون المقارن ص ٢٠ - ص ٥٥ .

(٢) وقد توضع القواعد الموضوعية للإثبات مع قواعد الشرح في مكان واحد في التقنين المدني . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الجديد في هذا المعنى ما يأتي : « ليس شك في أن التقنين المدني هو أنسب مكان لكل ما يتعلق بالأحكام الموضوعية في الإثبات ، بل وقد يكون في هذا الوضع ما يدعو إلى التفكير في الجمع بين هذه الأحكام وبين الأحكام الخاصة بشهر التصرفات في كتاب قائم بذاته يكون عنوانه : في الإثبات والشهره ( مجموعة الأعمال التفسيرية ص ٣٤٧ ) .

(٣) وهذا ما سلم به واضعو تقنين المرافعات الجديد ، إذ قالوا في المذكرة التفسيرية لمشروع التقنين المذكور إن قوانين المرافعات تجمع في بعض البلاد الأوروبية بين قواعد الإثبات الموضوعية وبين إجراءات الإثبات وأوضاعها لشدة الاتصال بين القواعد وبين الإجراءات في هذا الشأن . ومع ذلك رأى أن يقتصر المشروع على الإحاطة بالإجراءات في الأوضاع وأن تترك القواعد الموضوعية لقانون المدني . وقد استجيب هذا رضى النصوص الموضوعية الموجودة في قانون المرافعات الحالي مثل آثار فرضي الجبن وحلفها والتكول عنها وعدم التصرص أيمان الأوراق التي تكون حجة حتى يطلع فيها بالتزوير والتي يكفى الإنكار الحيلولة دون الاحتجاج بها ، وترك ذلك كله لقانون المدني .

وواضح الاستدلال نشأة على واضعي تقنين المرافعات الجديده أنهم بالرغم مما قد يبدو قد حرصوا على بعض القواعد الموضوعية . مثلاً نصت المادة ١٥٦ على أنه يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها

الشكلية على الناحية الموضوعية . فالناحية الموضوعية من قواعد الإثبات هي دون شكل الناحية البارزة : تعيين طرق الإثبات وتحديد قيمتها وتحمل عبء الإثبات لأحد الخصمين ، هذا هو اللب في قواعد الإثبات ، وهذه كلها مسائل موضوعية . ثم إن الناحية الشكلية من قواعد الإثبات قد لا تعرض إطلاقاً ، ويقع ذلك عند إعداد طرق الإثبات فيما بعد منها مقدماً (preuve préconstituée) . ويقع ذلك أيضاً إذا لم يترافع الخصمان فيما تنازعا فيه إلى القضاء بل سويا التراجع بينهما بطريق ودى لا حاجة فيه إلى الإجراءات التي رسمها القانون لتقديم الأدلة (١) .

ومنى خلص أن دليل الحق تغلب فيه النزعة الموضوعية غلبة ظاهرة ، كان المكان الطبيعي للقواعد التي تحكم هذا الدليل هو التقنين المدني . فالدليل على الواقعة التي تنشئ الحق أقرب إلى أن يكون وضعاً شكلياً لهذه الواقعة . ولا يوجد فرق كبير من الناحية العملية بين عقد شكل وعقد رضائي لا يجوز إثباته إلا بالكتابة . فالكتابة ضرورية في الحالتين ، وإن كانت الكتابة في العقد الشكل تميز بأنها ترسم على نحو خاص وبأنها واجبة لذاتها فلا يقوم

---

== متعلقة بالدهوى متبعية لها جازاً قبلها . ونصت المادة ٢٩٠ حل أن للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشف والمحرر والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في الورقة من إسقاط قيمتها في الإثبات أو إنقاصها ، والمادتان ٢٩٢ و ٢٨٤ أعطتا لقاضي الحق في أن يحكم بصحة الورقة التي أنكر توقيعها أو طعن فيها بالتزوير إذا اقتنع بذلك من وقائع الدهوى ومستنداتها أو أن يأمر بالتحقيق . وأجازت المادة ٢٩٠ للمحكمة أن تحكم بردة ورقة وبطلانها إذا ظهر لها بجلاء أنها مزورة ولو لم يدع أمامها بالتزوير (الاستاذ نشأت في الإثبات فقرة ٢٣ ص ٢٥) . وهذه الأسطة تأتي سابقا الاستاذ نشأت إنما تدل على تطور فصل القاعدة الموضوعية من قواعد الإجراءات في بعض الحالات الخاصة . فإكان باليسر حل وأقصى تقنين المرافعات الجديد أن يفلتوا ما أوردوه من هذه القواعد الموضوعية ، فهي متصلة اتصالاً وثيقاً بما تلقوا من قواعد الإجراءات ، هذا إذا استثنينا المادة ١٥٦ التي تنص ص أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدهوى ، متبعية فيها ، جازاً قبلها ، فإن المكان الطبيعي لهذا النص هو تقنين المدعى .

كل ذلك يوجد طريقان للإثبات — هما الحماية والحرة — تغلب فيها الناحية الإجرائية ، فكان مكانها اللائق من الناحية السنية هو تقنين المرافعات (قانون الاستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٩) .

(١) بلانويول وريير وجانبوله ٧ فقرة ١٤٠٦ ص ٨٢٦ — بلانويول وريير بولانيه ٢

مقامها الإقرار أو اليمين كما يصبح ذلك في الكتابة المطلوبة للإثبات وبأن الطرفين لا يجوز لهما الاتفاق على تعديل الشكل كما يجوز ذلك في طرق الإثبات على النحو الذي سنبينه فيما يلي<sup>(١)</sup>. ولكن يبقى بعد ذلك أن الكتابة للإثبات ضرورية من الناحية العملية ضرورة الكتابة للشكل. وبمخلص من هذا أن القواعد التي تحكم الكتابة للإثبات يجب أن يكون مكانها بجانب القواعد التي تحكم الكتابة للشكل، وأن قواعد الإثبات كقواعد الشكل يجب أن يكون مكان كل طائفة منهما هو التقنين المدني<sup>(٢)</sup>.

١٤ - ملأه قواعد الإثبات الموضوعية في التقنين المدني: عل أن مكان قواعد الإثبات، الموضوعية منها على الأقل، في التقنين المدني لا يتفق فيه النظر. فالتقنين المدني الفرنسي وضعها بين القواعد التي تحكم نظرية العقد، ولأشك في أن هذا مكان غير مناسب إذ أن قواعد الإثبات تسرى على العقد.

(١) بلانجيل وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٤٠٨ ص ٨٣٠.

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ أده نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٤ - فقرة ٢٧ - وربما يؤكد هذا المعنى في القانون الدولي الخاص، أن القانون الذي يسرى على القواعد الموضوعية في الإثبات هو عين القانون الذي يسرى على شكل العقود، ذلك أن الإثبات، من ناحية قواعد الإسناد، هو في منزلة الشكل، فيسرى قانون البلد الذي تم فيه العقد أو قانون الموضوع أو قانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك. وقد نصت المادة ٢٠ من التقنين المدني الجديد على أن «العقد ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الذي يسرى على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك» (انظر في هذه المسألة بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٦ - بلانجيل وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٤٣١ ص ٨٦٠ - ٨٦٢) أما الإجراءات الشكلية للإثبات فيسرى عليها قانون القاضي (lex fori)، وقد نصت المادة ٢٢ من التقنين المدني على أنه «يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات».

عل أنه، بالرغم من ذلك، يجب أن يلاحظ أن الحق قد يقوم دون أن يقوم دليله، بأن يستوجب القانون مثلاً أن يكون الدليل كتابة لا توجد أو كتابته لها شكل خاص فتكون باطلّة لعدم استيفائها الشكل المطلوب. وعنده ذلك يبقى الحق قائماً وإن سقط الدليل. وقد يتنبأ له الحق أن يثبت وجوبه من طريق آخر. ومن ثم كان القول بقيام الحق مع سقوط دليله هذا الوجه من ناحية العمل (انظر في ذلك بلانجيل وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٤٠٨ ص ٨٢٩ ص ٨٣٠ - بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٣٩ ص ٢٠٧).

وعلى غيره من مصادر الالتزام الأخرى<sup>(١)</sup>. والتفتين للمنفى المصرى - القديم والجديد - وضع هذه القواعد في النظرية العامة للالتزام<sup>(٢)</sup>، وهذا مكان أليق. وقد يقال إن نظرية الإثبات ليست مقصورة على الالتزام، بل هي نظرية عامة شاملة تتناول مصادر الالتزام ومصادر الحق المعنى ومصادر روابط الأسرة، ولا تتوقف عند المصادر فحسب إذ هي تحكم أيضاً أسباب انقضاء الحقوق وكل سبب آخر ينشئ أثراً قانونياً، بل هي تجاوز منطقة القانون للمنفى إلى غيرها من مناطق القوانين الأخرى<sup>(٣)</sup>. ولكن التفتين للمنفى المصرى غلب الناحية العملية وآثرها على الناحية العلمية. فالإثبات كما رأينا ينصب على أى سبب ينشئ أثراً قانونياً، وهذه الأسباب يمكن حصرها في الواقعة القانونية والتصرف القانوني. فيكون المكان المنطقي للإثبات على هذا الوجه هو في القسم العام من التفتين للمنفى حتى تنبسط قواعده على جميع نواحي هذا القانون وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. ولكن الناس قد ألفت أن تبحث عن قواعد الإثبات في النظرية العامة للالتزام. ثم إن هناك قواعد خاصة لإثبات الحقوق المعينة وضحاها التفتين للمنفى الجديد في مكانها من نظرية الحليزة. فأصبحت قواعد

(١) جوسران ٢ فقرة ١٥٨ - بيدان وبرر ٩ فقرة ١١٤٠ ص ٢٠٧ - سس ٢٠٨ - والسبب في أن التفتين للمنفى الفرنسي وضع الإثبات في هذا المكان هو أن راعى هذا التفتين انظروا أثر بوتيه (Potbier) ، حتى دون أن يتدبروا أن بوتيه عن عبارة « طرق الوفاء » (paiements) في صيغة الجمع إثبات جميع الأسباب التي ينطفي بها الالتزام دون أن يقتصر على الوفاء (برديري وبارد ٢ فقرة ٢٠٥٣ - ماكارديه ٥ ص ٢ - لارومبيير ٢٠ م ١٢١٥ فقرة ٧ - ديولوس ٢٩ فقرة ١٨١ - لوران ١٩ فقرة ٨١) وكان دوما (Domat) في كتابه « القوانين المدنية - الكتاب الثالث - الباب السادس » مثلاً أفضل للاحاطة من بوتيه ، فإن هذا الفقيه الأخير إنما وضع الإثبات في المكان الذي وضعه فيه لأنه لم يضع كتاباً في القانون للمنفى جلسة واحدة ( بلانبول وديري وبولانجهي فقرة ٢١٥٥ ) .

(٢) الباب السادس من الكتاب الأول في الالتزامات بوجه عام، وهذا في التفتين الجديد .  
(٣) وقد جاء في الموجز في هذا المعنى ما يأتي : « فلهذه نظرية الإثبات إذن مخصوصة الالتزامات الصاعدة كما قد يهمل ذلك موضعها من القانون للمنفى الفرنسي . راجعت مقصورة على الالتزامات بوجه عام ، تماهية كانت أو غير تماهية ، كما قد يدل على ذلك مكانها في القانون للمنفى المصرى . بل هي نظرية عامة شاملة ، تتناول الحقوق ، وتتناول غير الحقوق من مصادر الالتزامات الأخرى ، وتتناول مصادر الحقوق المعينة ، ومصادر روابط الأسرة ، بل هي تجاوز القانون للمنفى إلى غيره . من القوانين » ( الموجز فقرة ٦١٥ ص ٦١٥ - ص ٦٤٦ ) .

الإثبات الواردة في نظرية الالتزام هي القواعد العامة للإثبات تسمى على الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء . وتخص الحقوق العينية ، بالإضافة إلى ذلك ، بقواعد أخرى هي الواردة في نظرية الحيازة . وفي هذا توزيع لقواعد الإثبات ، إذ لم يكن دقيقاً من الناحية العلمية ، فانه يستقيم من الناحية العملية ، وقد جرت به العادة ، وألفت الناس ، فلم يجد التقنين المدقق الجديد عللاً للدول عنه <sup>(١)</sup> .

### ج - مقابلة سرمة بين نصوص التقنين المدني الجديد ونصوص التقنين المدني القديم في قواعد الإثبات

١٥ - ترتيب التقنين القديم : لا يكاد التقنين المدني الجديد يكون قد استحدث شيئاً هاماً في قواعد الإثبات عن تلك التي كان التقنين القديم يقرها . وقد قلنا أن مكان هذه القواعد في التقنين الجديد بقي هو عين مكانها في التقنين القديم .

(١) قارن الأستاذ أحمد نفحات في الإثبات ١ فقرة ٣٠ - فقرة ٣٠٠ . وعلمه العادة وما ألفته الناس ما السبب في أن التقنين المدني الجديد قد عدل من أفراد كتاب خاص للإثبات والقهر . وقد جاء في الفكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : وحل أن مسألة استقصاء أفراد كتاب خاص للإثبات والقهر لا تزال جديدة بالنظر والتفكير ، ولا سيما إذا روي ما قد يلوح على ملصق التقنين الراعي في هذا الشأن ، فقد نجح هذا التقنين في تجنب التعقيدات القانونية ، وأخصها التقنين الفرنسي والتقنين الإيطالي والتقنين البلجيكي والمشروع الفرنسي للإبطال ، وعده للإثبات باباً أساساً في الكتاب الثاني الخاص بالتعهدات والتمتع . ولم ير المشروع أن يبدل من هذا الترتيب به أن أسطر في تقاليد البلاد . أما القهر فقد نظم في أكثر القبول بقطعي قهرمات خاصة صدرت به للبلد بالتعهدات المدنية ، ثم أدرجت في هذه التعهدات فيما به عقب الأحكام الخاصة بالحقوق العينية . وقد اعطى المشروع هذا الوضع . على أن توزيع أحكام الإثبات وقواعد القهر على هذا النحو لم يقصد منه إل قصر نطاق الأول على الالتزام ووقف الثانية على الحقوق العينية بسبب . فمن المثل - بوجه عام - أن تلك الأحكام عامة التطبيق ، تسمى على جميع الجوانب القانونية المبذرة للحقوق ، مالم كانت هذه الحقوق أو عينية أو مبنية ، ومن المثل كذلك أن هذه القواعد لا تقتصر على الحقوق العينية العقارية ، بل يبنى أن تتناول كل ما يميز عرفه عليه من الأوضاع القانونية ( مجموعة الأعمال المحسنة ٢ ص ٣٤٨ ) .

وكانت فصوص التقنين القديم غير مرتبة . فقد بدأت بنص في شأن عبء الإثبات . ثم ينت المواطن التي يجب الإثبات فيها بالكتابة وتلك التي يجوز الإثبات فيها بالبيئة وبالقرائن . وعرضت بعد ذلك لإثبات التخلص من الدين بتسليم السند وبوجوده تحت يد المدين وبالشروع في الوفاء . ثم عادت لجواز إثبات أصل الدين بدفع الفوائد . ثم عرضت لليمين المتبعة ثم لليمين الحاسمة . ثم رجعت إلى تعريف المهررات الرسمية والمهررات العرفية مع بيان حجة كل منها وبيان حجة التاريخ ومتى يكون تاريخاً ثابتاً . ثم عرضت للتأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين ومدى حجة هذا التأشير . وعادت بعد ذلك إلى تحديد قيمة صور الأوراق الرسمية . وانتقلت فجأة إلى حجة الأمر المقضى . ثم عرضت للإقرار . وانتهت بنص يطلق الإثبات في المواد التجارية .

١٦ - ترتيب التقنين الجديد: أما التقنين الجديد<sup>(١)</sup> فقد رتب قواعد الإثبات ترتيباً منطقياً في الباب السادس من الكتاب الأول . فقدم لهذه القواعد بنص في تحمين عبء الإثبات . وفي فصول خمسة عرض للإثبات بالكتابة ، فالإثبات بالبيئة ، فالإثبات بالقرائن ، فالإثبات بالإقرار ، فالإثبات باليمين . وفي الإثبات بالكتابة عرف الورقة الرسمية وبين حجيتها وحجة صورها ، ثم عرف الورقة العرفية وبين حجيتها وحجة التاريخ وثبوته ، ثم انتقل لقيمة بعض الأوراق العرفية في الإثبات فعرض للرسائل والبرقيات ودفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية والتأشير على السند بما يفيد براءة المدين . وفي الإثبات بالبيئة بين متى يجوز ذلك ومتى لا يجوز . وفي الإثبات بالقرائن عرف القريضة القانونية

---

(١) ونوجه النظر منذ الآن إلى أن الذي وضع المشروع الابتدائي في الإثبات هو الأستاذ استنويت (Stenuit) الذي كان قاضياً بالمحاكم المخططة ( انظر الوسيط جزء أول ص ١٧ هامش رقم ٢ ) . وقد وضع هذا المشروع الابتدائي في اثنتين وخمسين مادة ، وأرفق بهذه التصوص مذكرة توضيحية تتشبه معها بطبعة الحال . وقد تناولت لجنة تنقيح القانون المدنى هذه التصوص بالمراجعة والتنقيح حتى حولتها إلى جزء من المشروع النهائي للقانون . ولكن المذكرة الإيضاحية التي وضعها الأستاذ استنويت أدرجت كما هي في مجموعة الأعمال التنقيحية ، دون مراعاة لما أدخل على التصوص الأول من تنقيح وتكمل . فأصبحت هذه المذكرة ، في بعض المواضع ، لا تتشبه مع التصوص النهائية . وسنته إلى كل مسألة في موضعها .

وبين حجبتها ، وانتقل إلى حجية الأمر المقضي كقاعدة قانونية ، وإلى حجية الحكم الجنائي بالنسبة إلى القضاء المدني ، ثم عرض للقوانين القضائية . وفي الإثبات بالإقرار عرف الإقرار ، وحدد حجته ، وبين متى يتجزأ . وفي الإثبات باليمين عرض لليمين الحاسمة ، ثم لليمين المتممة .

#### ١٧ - لم يستحدث التقنين الجديد شيئاً جوهرياً في قواعد الإثبات :

وفي غير هذا الترتيب المنطقي المتسق لم يستحدث التقنين الجديد شيئاً جوهرياً في قواعد الإثبات . بل اقتصر التنقيح على بعض المسائل التفصيلية ، مع تهذيب في العبارة والأسلوب ، وتوضيح لما كان مقتضياً أو مبهماً ، وحتى فيما زاده التقنين الجديد من الأحكام ، كتجليد الورقة الرسمية والورقة العرفية ودفاتر التجار والأوراق المنزلة وجواز منع توجيه اليمين الحاسمة وجواز إثبات الخئ فيها ، لم يستحدث قواعد جديدة ، ولكنه اقتصر على تنقيح القضاء المصري في هذه المسائل<sup>(١)</sup> . وسنعود إلى كل مسألة في موضعها .

#### ١٨ - سريانه قواعد الإثبات مع صيغ الزمان : ومهما يكن من

أمر ، فهناك بعض أحكام تفصيلية استحدثها التقنين الجديد كما قلنا . فنذكر في هذه المناسبة المبدأ العام في سريان قواعد الإثبات من حيث الزمان ، لتري متى تسرى القواعد الجديدة بوجه عام ، تاركين تفصيل سريان كل قاعدة إلى موضعها من هذا الكتاب .

أما القواعد الموضوعية للإثبات ، وهي تلك التي تعين طرق الإثبات وتبين متى يجوز قبولها ونحدد قيمة كل منها ، فالقانون الذي يطبق هو القانون الذي كان سارياً وقت نشوء الحق المراد إثباته . فلو كان هذا القانون يميز الإثبات بالينة مثلاً ، جاز هذا الإثبات حتى لو كان القانون الجديد وقت رفع الدعوى لا يميز الإثبات إلا بالكتابة . والعكس صحيح على خلاف في الرأي<sup>(٢)</sup> . وتطبيقاً لهذا

(١) انظر الوسيط جزء أول ص ٧١ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المنطقة بأن القانون الذي كان معمولاً به وقت إبرام التصرف هو الذي يسرى على هذا التصرف من حيث شروط صحته ومن حيث شكله ومن حيث طرق إثباته (٢٥ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥٠ ص ٤٧١) . ويحدد حجية الورقة المكتوبة القانون القائم وقت =



## المبدأ نصت المادة التاسعة من القانون الملقى الجديد على أن ( تسرى في شأن الأدلة

— صدر هذا استئناف مصر ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ الهامة ١٠ رقم ٣٤٦ ص ١٩٦) وقد كانت المادة ٩٩ من المشروع التمهيدى لتقنين الملقى الجديد تنص على أن « تسرى في شأن القرائن القانونية للتصوص الموصول بها في الوقت الذى تم فيه العمل أو الحادث الذى ترتب عليه القرينة القانونية » ولكن هذه المادة حذفت في لجنة المراجعة لوضوح حكمها ولعدم الحاجة إليها (مجموعة الأعمال التصديرية ١ ص ٢٢٧) أما طرق الإثبات التى هى ليست من عمل المحققين بل يترك أمرها إلى القاضي ، كالأقرار واليمين ، فيسرى عليها القانون الجديد . فلو أن قانوناً جديداً منع اليمين في حالة معينة ، فإن توجيه اليمين يكون غير جائز في هذه الحالة حتى من واقعة حدثت قبل نفاذ القانون الجديد ( بيدان ورو ٩ فقرة ١١٥٧ ص ٢٢٩ ) .

وإذا خفض قانون جديد نصاب البينة إلى خمسة جنيتها مثلاً ، فالتصرفات المبرمة قبل نفاذ هذا القانون الجديد وتزيد على خمسة جنيتها ولا تزيد على العشرة يمكن في إثباتها البينة والقرائن ، لأن القانون القائم وقت إبرام التصرف كان يميز ذلك (ديرانتون ١ فقرة ٦٦ - ديولوب ١ فقرة ٥٤ - لوران ١ فقرة ١٧٦ - أوبري ورو ١ (طبعة خاصة) فقرة ٣٠ - ديولوب ١٢٧ - بودرى وهوك فوركار ١ فقرة ١٧٦) . أما إذا رفع قانون جديد نصاب البينة إلى عشرين جنيتها مثلاً ، فالأصل أن التصرفات المبرمة قبل نفاذ هذا القانون الجديد ، وتزيد على عشرة جنيتها ، لا يجوز إثباتها بالبينة ، وإن كانت لا تزيد على عشرين جنيتها ، إلا أن القانون القائم وقت إبرام هذه التصرفات دون نظر لأحكام القانون الجديد ، حتى لا يتأثر مركز الخصمين بهذه الأحكام . وهذا الرأي يقول كثير من الفقهاء (ديرانتون ١ فقرة ٦٦ - ديولوب ١ فقرة ٥٤ - لوران ١ فقرة ١٧٦) . ولكن بعض الفقهاء يلعبون إلى جواز الإثبات بالبينة في هذه الحالة لأن نص القانون الجديد لهذا الطريق للأدلة إما كان المقصود منه الكشف عن الحقيقة بطرق أصح ، ولا يجوز للدين في هذا القرض أن يدعى أنه كسب حقاً في أن يتخلص من التزامه بسبب عدم طرق الإثبات التى كانت قائمة وقت نشوء هذا الالتزام (أوبري ورو ١ طبعة خاصة ص ١٢٨ وهامش رقم ٦٦ - بودرى وهوك فوركار ١ فقرة ١٧٦ - بيدان ورو ٩ فقرة ١١٥٧ ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠) . هل أن القائلين بهذا الرأي الأغبر يقصرونه على الحالة التى نحن بصدها ، ولا يسمونه حتى يتناول الأوراق المكتوبة والقرائن القانونية ، فهذه وتلك يحكمها القانون الذى يكون قائماً وقت صدورها أو وقت تمام الحادث الذى ترتبت عليه (أنظر في هذا الموضوع جوديس كلاسير الملقى (Juris-classeurs Civils) قسم ١٣٤ مادة ١٣١٦ فقرة ١٤ - فقرة ١٧) .

أما القرائن التى لا تتوفر أدلتها وقت نشوئها — وهى الوقائع المادية — فهذه يسرى عليها القانون الجديد حتى لو كانت قد نشأت في ظل القانون القديم . وكذلك جواز قبول الواقعة في الإثبات يعتبر من النظام العام فيسرى عليه القانون الجديد ، وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المشروع التمهيدى لتقنين الملقى ، ولكن هذا النص حذفته لجنة المراجعة تجنباً للتضليل ولأن مكانه المناسب هو قانون المرافعات (مجموعة الأعمال التصديرية ١ ص ٢٢٥) . أنظر في هذا الموضوع الدكتور عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات في المواد المدنية فقرة ٥٣ — فقرة ٥٦ ص ٦١ — ٦٥) .

التي تعد مقدماً التصور المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده» (١).

أما الإجراءات التي تتبع في سلوك طريق الإثبات ، فهذه يسرى عليها القانون القائم وقت نظر الدعوى ولو كان جديداً ، لأن نواحين الإجراءات الجليدة تسرى على الماضي (٢).

### ثانياً - المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها قواعد الإثبات

#### ١٩ - مبادئ عمومية : يقوم الإثبات على مبادئ رئيسية ثلاثة :

- (أ) فهو نظام قانوني (système légal) ، أي تنظمه قواعد يقررها القانون.
- (ب) ويكون القاضي فيه محايداً ، وهذا هو مبدأ حياد القاضي (neutralité du juge) .
- (ج) أما الخصوم فيقومون فيه بالدور الإنجائي ، وهذا هو حق الخصم في الإثبات (droit à la preuve) .

والواقع - كما سئرى - أن هناك تعاوناً وثيقاً في الإثبات بين القانون والقاضي والخصوم . فالقانون يبين طرق الإثبات ويحدد قيمة كل منها . والقاضي يطبق القواعد التي يقررها القانون في ذلك ، ويستمتع في تطبيقها بشيء غير قليل من حرية التقدير . والخصوم هم الذين عليهم أن يقدموا الأدلة على صحة دعاوهم ، وذلك على الوجه الذي رسمه القانون ، ولكل خصم الحق في مناقشة الأدلة التي يقدمها خصمه وفي إثباتها وفي إثبات عكسها .

ونستعرض الآن هذه المبادئ الثلاثة .

---

(١) وكان النص في المشروع يجري على الوجه الآتي : « تسرى في شأن الأدلة التي تعد مقدماً التصور المعمول بها في الوقت الذي يعد فيه الدليل أو في الوقت الذي يستطاع أو ينبغي فيه إعداده » . ولكن لجنة مجلس الشيوخ حلفت عبارة « التي يستطاع فيه إعداده » استغناء بمصوم عبارة « التي ينبغي فيه إعداده » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٢٧) .

(٢) وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ١٧ من المشروع تنهيدي لتقتضي الملأ تنس على ما يأتي : « تسرى التصور المتصلة بإجراءات الإثبات من وقت الفصل بها على جميع الدعاوى للقاعة » . ولكن هذا النص حلف في لجنة المراجعة لأن مكانه المناسب هو تقتين المرافعات (انظر المادة الأولى من تقتين المرافعات الجديدة) .

## ١ - مبدأ النظام القانوني للإثبات - مذاهب ثلاثة

### ٣٠ - الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية - الصراع والاستقرار

وأبنا فيما تقدم أن الحقيقة القضائية قد تعتمد عن الحقيقة الواقعية، بل قد تتعارض معها . ورأينا أن السبب في ذلك أن الحقيقة القضائية لا تثبت إلا من طريق قضائي رسمه القانون . وقد يكون القاضي من أشد المؤمنين بالحقيقة الواقعية ، وقد يعرفها بنفسه معرفة لا يتطرق إليها الشك ، ولكن يتعلم أمامه الطريق القانوني لإثباتها فلا يجد بداً من إهدارها والأخذ بسبل القانون في الإثبات ، ومن ثم قد تتعارض الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية .

والقانون في تمسكه بالحقيقة القضائية دون الحقيقة الواقعية إنما يوازن بين اعتبارين : اعتبار العدالة في ذاتها ويدفعه إلى تلمس الحقيقة الواقعية بكل السبل ومن جميع الوجوه حتى تتفق معها الحقيقة القضائية ، واعتبار استقرار التعامل ويدفعه إلى تقييد القاضي في الأدلة التي يأخذ بها وفي تقدير كل دليل فيجده له طرق الإثبات وقيمة كل طريق منها ، حتى يأمن جوره إذا مال إلى الجور ، أو في القليل حتى يحد من تحكمه ، فلا تختلف القضاة فيما يقبلون من دليل وفي تقدير قيم الأدلة في الأقضية المتأثلة .

### ٣١ - مذاهب ثلاث في الإثبات : ويمكن في الموازنة ما بين الاعتبارين

الذين تقدم ذكرهما - اعتبار العدالة واعتبار استقرار التعامل - أن نتصور قيام مذاهب ثلاثة في الإثبات : (١) مذهب يميل إلى اعتبار العدالة ولو بالتضحية في استقرار التعامل ، وهذا هو المذهب الحر : المطلق (système libre) . (٢) ومذهب يستمسك باستقرار التعامل ولو على حساب العدالة ، فيقيد القانون الإثبات أشد التقييد حتى يستقر التعامل ، وهذا هو المذهب القانوني أو المذهب التقيد (système légal) . (٣) ومذهب ثالث هو بين بين ، ين ما بين الاعتبارين ، فيعتد بكل منهما ، ولا يضحي أحدهما لحساب الآخر ، وهذا هو المذهب المختلط (système mixte) .

٢٢ - **المذهب الحر أو المطلق** : أما المذهب الحر أو المطلق فنه ، كما قلنا ، لا يرسم القانون طرقاً محددة للإثبات يقيد بها القاضي ، بل يترك الخصوم أحراراً يقدمون الأدلة التي يستطيعون إقناع القاضي بها ، ويترك القاضي حراً في تكوين اعتقاده من أي دليل يقدم إليه . وهذا المذهب يقرب كثيراً ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية لمصلحة العدالة . وقد اعتنفته بعض الشرائع في بدء تطورها ، واعتنقه بعض رجال الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup> ، ولا تزال الشرائع الهرمانية والشرائع الأنجلوسكسونية (القانون الألماني والقانون السويسري والقانون الإنجليزي والقانون الأمريكي) تأخذ به إلى حد كبير .

ولكن حظ العدالة في هذا المذهب ظاهري أكثر منه حقيقي . فهو قد يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية إلى مدى واسع ، ولكن بشرط أن يؤمن من القاضي الجور والتحكم . فإذا جار القاضي أو تحكم في تعيين طرق الإثبات وتحديد قيمها ، ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية أكثر من ابتعادها في المذهب القانوني أو المقيد . وننتقل الآن إلى هذا المذهب .

(١) وقد ثار ابن القيم الجوزية على تحديد الفقهاء للأدلة في الإثبات تحديداً جامداً وتقييداً بشهادة الشهود وأعلمهم بها دون القرائن والأدلة الأخرى ، ونادى بوجوب ترك الإثبات حراً ، « فإذا ظهرت أمارات الدل وأسفر وجهه بأى طريق كان فثم شرع الله » . قال في أصلام الموقنين : « إن الشارع في جميع المراض يقتضد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له ، ولا يرد حقاً متى ظهر بدليله أبداً ، فيضيع حقوق الله وعباده ويضلها ، ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة في تخصيصه مع سائر غيره له في ظهور الحق أو رجسائه عليه ترجيحاً لا يمكن جسده ودفعه ، كترجيح شاهد الحال على مجرد البينة في صورة من على رأسه حامة ويده حمامة وآخر خلفه مكشوف الرأس يدور أثره ولا عادة له يكشف رأسه ، فبينة الحال ودلالته هنا تفيد ظهور صدق المدعى أضماراً ما يفيد مجرد البينة عند كل أحد . فالشارع لا يجعل مثل هذه البينة والدلالة ، ويضيع حقاً يعلم كل أحد ظهوره وحجته . بل لما ظن هذا من ظنه ضميروا طريق الحكم ، فضاع كثير من الحقوق لتوقف ثبوتها عندهم على طريق معين ، وصار الظالم الظاهر مكنناً من ظلمه وضجوره : فيفعل ما يريد ويقول لا يقوم على ذلك شاهدان أثنان ، فضاعت حقوق كثيرة لله ولعباده » . ثم قال في الطرق المكنية « فإذا ظهرت أمارات الدل وأسفر وجهه بأى طريق كان ، فثم شرع الله ودينه ، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق الدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم يفتي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين إشارة ، فلا يحسمه منها ، ولا يحكم عند وجودها بمرجئها ، بل قد بين سبحانه بما يبرعه من الطرق أن مفسرده إقامة الدل بين عباده ، وقيام الناس بالقيط ، فأى طريق استخرج ما الدل والقيط فهي من الدين ليست بمخالفة له » .

٢٣ - **المذهب القانوني أو المقيد :** في المذهب القانوني أو المقيد يرمس القانون طرقاً محددة تحديداً دقيقاً لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية ، ويجعل لكل طريق قيمته ، ويتخذ بكل ذلك الخصوم والقاضي . وهذا للمذهب - كما جاء في الموجز<sup>(١)</sup> - على ما فيه من دقة حناية تكفل ثبات التعامل ، يبعد ما بين الحقائق الواقعة والحقائق القضائية ، فقد تكون الحقيقة الواقعة - لـ السمع والبصر ، ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية إلا إذا استطاع إثباتها بالطرق التي حددها القانون . وقد تغلب في الفقه الإسلامي المذهب القانوني في الإثبات . فيجب في الإثبات بالبيئة شهادة شاهدين ، ولا يكفي بشاهد واحد إلا في حالات استثنائية<sup>(٢)</sup> ، وإذا توافر نصاب الشهادة وجب الأخذ بها دون أن يكون للقاضي حرية في التقدير ، ويتفاوت نصاب الشهادة من واقعة إلى أخرى في حدود مقدرة تقديراً يكاد يكون حسيماً<sup>(٣)</sup> .

٢٤ - **المذهب المختلط :** والمذهب المختلط يجمع بين الإثبات المطلق والاثبات المقيد . وأشد ما يكون إطلاقاً - كما جاء في الموجز<sup>(١)</sup> - في المسائل الجنائية ، ففيها يكون الإثبات جراً يتلمس القاضي وسائل الاقتناع فيه من أى دليل يقدم إليه ، شهادة كانت أو قرينة أو كتابة أو أى دليل آخر . ثم يتخذ الإثبات بعض التقيد في المسائل التجارية مع بقاءه حراً في الأصل . ويتخذ بعد ذلك إلى حد كبير في المسائل المدنية ، فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للإثبات تفصيل وتوسع متمشية في ذلك مع الملابسات والظروف . وهذا المذهب الثالث هو خير المذاهب جميعاً ، فهو يجمع بين ثبات التعامل بما احتوى عليه من قيود ، وبين اقتراب الحقيقة الواقعة من الحقيقة القضائية بما أفسخ فيه للقاضي من حرية التقدير . وقد أخذ القانون المصري - لنا المذهب مقتضياً في ذلك أثر

(١) الموجز لمؤلف من ٦٤٧ .

(٢) وكذلك كان الأمر في الصدر الأول من القانون الفرنسي القديم ، فكانت شهادة الواحد لا تصلح *testis unus, testis nullus* - انظر بلانول وديير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٩٢ .

(٣) انظر القوانين التفهيمية لإين جزي من ٣٠٩ - من ٤١٠ .

(٤) الموجز لمؤلف من ٦٤٧ .

الشرائع اللاتينية كالقانون الفرنسي والقانون الإيطالي والقانون البلجيكي .

وبلاحظ على هذا المذهب أمران : (١) أن اقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية فيه لا يصل إلى حد يجعل للأدلة قوة قطعية ، فلا تزال للأدلة فيه حجة ظنية ، ولا تزال الحقيقة القضائية هي مجرد احتمال راجح *idée de probabilité* وليست حقيقة قاطعة . ولا بد من الناحية العملية الاكتفاء بالحجج الظنية ما دامت راجحة ، لأن اشتراط الحجج القاطعة يجعل باب الاثبات مقفلاً أمام القاضى . (٢) أن المذهب المختلط يتفاوت في نظام قانونى عنه في نظام آخر ، فهو يضع من القيود على حرية القاضى فى تلمس الدليل قليلاً أو كثيراً على قدر متفاوت يختلف باختلاف النظم القانونية . فمن النظم ما تقلل من هذه القيود حتى يشتد التقارب ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية فيرجح حظ العدالة ، ومنها ما يزيد فى القيود ولو ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية حتى يستقر التعامل . وخير هذه النظم ما وازن بين الاعتبارين فى كفى الميزان ، حتى لا ترجح كفة وتشيل أخرى .

### ب - مبدأ حياد القاضى<sup>(١)</sup>

#### ٢٥ - موقف القاضى من الاثبات فى كل من المذهبين الموضوعيين :

ويتصل بما تقدم موقف القاضى من الاثبات . فهو فى المذهب الحر أو المطلق موقف إيجابى ، ينشط القاضى فيه إلى توجيه الخصوم ، واستكمال ما نقص فى الأدلة ، واستيضاح ما أبهم منها . وهو فى المذهب القانونى أو المقيّد موقف سلبي محض ، لا يعدو القاضى فيه أن يتلقى أدلة الاثبات كما يقدمها الخصوم دون أى تدخل من جانبه ، ثم يقدر هذه الأدلة طبقاً للقيم التى حددها القانون ، فاذا رأى الدليل ناقصاً أو مبهماً فليس له أن يطلب إكماله أو توضيحه ، بل يجب عليه أن يقدره كما هو فى الحالة التى قدمه فيها الخصوم . وهو فى المذهب

(١) الحياد هنا ليس معناه عدم التحيز (*impartialité*) — فإن هذا واجب بداهة على القاضى — بل معناه أن يفت القاضى موقفاً سلبياً من كلا الخصمين على حد سواء (*neutralité*) (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥١ ، ص ٢١٨) .

المخطط يبنى أن يكون موثقاً ونظماً بين الإيجابية والسلبية ، ولكنه يجب أن يكون أقرب إلى الإيجابية منه إلى السلبية ، فيباح للقاضي شيء من الحرية في تحريك الدعوى وفي توجيه الخصوم وفي استكمال الأدلة المناقصة وفي استيفاح ما أبهم من وقائع الدعوى . ولا يتعارض ذلك مع تقييد القاضي بأدلة قانونية معينة وتحليله قيم هذه الأدلة ، فإن هذا التقييد يجب أن تقابله حرية القاضي في تقدير وزن كل دليل في حدود قيمة القانونية ، حتى يستجلى الحقائق واضحة كاملة (١).

أما منع القاضي من القضاء بعلمه فليس فرعاً عن مبدأ حياد القاضي ، بل هو النتيجة المترتبة على حق الخصوم في مناقشة أى دليل يقدم في القضية ، وسرى ذلك فيما يلى .

#### ٣٦ - مبدأ حياد القاضي في القوانين الوثنية والقانون المصرى :

قد رأينا أن القوانين اللاتينية ، والقانون المصرى معها ، قد اتخذت المذهب المخطط في الإثبات . وفى مع ذلك لا توسع على القاضي في حرية توجيهه للدعوى واستخلاص الحقائق من أدلتها القانونية إلا إلى مدى محدود ، فالقاضي يستطيع مثلاً أن يحيل الدعوى على التحقيق من تلقاء نفسه ، كما يستطيع أن يعين خبيراً ، وله أن يطلب إحضار الخصوم شخصياً (comparution personnelle) ، وأن يوجه إلى أحدهما اليمين المتممة (serment supplétif) . (٢) وقد زاد تقنين المرافعات المصرى الجديد فى إيجابية موقف القاضي من الإثبات فنحوله سلطة فى توجيه الدعوى فيما يتصل بالآثار التى ترتب على عدم قيد المدعى لدعواه ، ويشطب الدعوى عند تخلف الخصوم عن الحضور ، ويوقف الدعوى لمدة معينة عند اتفاق الخصوم على ذلك ، ويسقط الخصومة لانقطاعها بوفاة أحد الخصوم أو يزوال أهليته أو انتهاء صفته أو وقفها بذل المدعى أو تقصيره ، ويقادم الخصومة بخمس سنوات بدلاً من خمس عشرة ، وبإدخال القاضي

(١) ديموج فى الأنكار الرئيسية فى القانون الخامس (Notions fondamentales de

droit privé) الفصل السابع ص ٥٢٤ - ص ٥٤١ .

(٢) المرجع السابق ص ٦٤٧ - ص ٦٤٨ .

من تلقاء نفسه من لم يكن طرفاً في الخصومة ليرد الدعوى إلى وضعها الطبيعي بعد أن انخرف بها عنت الخصوم أو إهمالهم ، وبإجراءات التحقيق فإذا أحيلت الدعوى على التحقيق أو عين فيها خبير أو طعن فيها بالتزوير لم يعد سير التحقيق أو السير في نظر الموضوع موقوفاً على طلب تعجيل يتقدم به الخصم صاحب المصلحة (١)

### ج - مبدأ دور الخصوم الإيجابي - الحق في الإثبات

#### ٢٧ - من الخصوم في منافسة الادلة التي تقدم في الدعوى -

لا يجوز للقاضي أنه يقضى بغير علم : على أنه مهما يكن من قدر الحرية التي تطلق للقاضي في الإثبات ، فلا جدال في أن أي دليل يقدمه الخصم في الدعوى يجب أن يعرض على الخصوم جميعاً لمناقشته ، ويدل كل برأيه فيه ، فيفسده أو يؤيده ، والدليل الذي لا يعرض على الخصوم لمناقشته لا يجوز الأخذ به (٢) . ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بدليل نوقش في قضية أخرى ما لم يناقش في القضية القائمة (٣)

(١) أنظر المذكرة التفسيرية لتعنين المرافعات الجديد . وأنظر الدكتور أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية ص ٢٩ ، والدكتور عبد المنعم أحمد الشراوى في شرح المرافعات المدنية والتجارية ص ١٠ - ص ١١ .

(٢) فلا يجوز للقاضي أن يستند إلى أوراق عثرت عليها النيابة العامة دون أن يثبت أن هذه الأوراق قد عرضت على الخصوم لمناقشتها ( لاروسير ١٣١٦ م ٥ - فقرة ١٠ - ديولوب ٢٩ فقرة ٢٠٠ - بودوى وبارد ٣ فقرة ٢٠٥٦ - نقض فرنسي ٢٠ نونبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ٥٤ ) . ولا يجوز للمحكمة أن تمتد بكتاب أرسل إلى رئيسها ولم يعرفه الرئيس على الخصوم لمناقشته ( نقض فرنسي ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٣٦٨ ) ولا بتحقيق جنائي لم تناقشه الخصوم ( نقض فرنسي ٢٩ يولييه سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٤٤٨ ) . ولكن يجوز لمحاكمة الاستئناف ، دون أن تفحص من جديد الدليل الذي سبق أن فحصت محكمة أول درجة ، أن تستخلص من هذا الدليل نتيجة غير النتيجة التي استخلصتها هذه المحكمة الأخيرة ( أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٩٩ ) .

(٣) كزلان وكايتيان ومورانديير ٢ فقرة ٧٢١ - ٤٨٨ . أنظر في هذه المسألة - مناقشة الخصوم للأدلة - من ناحية التطور التاريخي رسالة الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات في القانون المقارن ص ٢٣٩ - ص ٢٤٧ .



وهذا مبدأ جوهرى من مبادئ القاضى ، حتى لا تبقى الخصومة مجهلة ، وحتى تتكافأ فرص الخصوم فى الدعوى . ومن ثم كان للخصم حق طلب التأجيل للاطلاع على المستندات المقدمة من خصمه وفرد عليها (م ١٠٨ مراعات) .

ولا يجوز للقاضى أن يقوم بمعاينة مكان النزاع فى غيبة الخصوم ودون أن يدعوهم لحضور المعاينة ومن غير إصدار قرار بأجرائها . ولكن يمكن أن يعرض الدليل على الخصوم لمناقشته ، فإذا لم يريدوا مناقشته فعلا فقد نزلوا عن حقهم فى ذلك وصح الأخذ بالدليل <sup>(١)</sup> . كذلك لا يجوز للقاضى أن يأتى بأدلة من عنده لم تقدمها الخصوم ، إلا إذا تراضوا عليها وقبلوا مناقشتها <sup>(٢)</sup> .

ويترتب على حق الخصوم فى مناقشة الأدلة التى تقدم فى الدعوى أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى بعلمه . ذلك أن علم القاضى هنا يكون دليلاً فى القضية ، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر أن ينزل القاضى منزلة الخصوم ، فيكون خصماً وحكماً ، وهذا لا يجوز <sup>(٣)</sup> . وقد رأينا فيما تقدم أن امتناع القاضى

---

(١) نفس نفس ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠-١-٥٤ (سبقت الإشارة إليه) - ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨-١-١١٤-٢٢ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣-١-٣٦٨ (سبقت الإشارة إليه) . انظر الأستاذ عبد الباسط جسمى فقرة ٩٠ .

(٢) ويقول بارتان (أوبرى دور ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤ حاشية رقم ٨٠) إنه لو سمح للقاضى أن يتدخل فى الإثبات وأن يأتى من عنده بأدلة لم تقدمها الخصوم ، تخشى أن يمدل من طلبات المدعى أو أن يحدو فيها ، ولست هذه مهمة القاضى . فإذا ما أتى القاضى بأدلة من عنده ، ودعى الخصوم أن ينتقصوها ، ونزلوا عن حقهم فى الاعتراض ، كان هذا بمثابة اتفاق بين الخصمين ، وهو جائز فى صورة صريحة فيجوز فى هذه الصورة الفسبة (ص ٧٦ حاشية رقم ٨٠) . وحتى الرقعة المعروفة بالشجرة العامة (commune rendue) لا يـ فيها من إثبات هذه الشجرة العامة إذا أنكرها الخصم الآخر ، وفرق ما بين إثبات الرقعة ذاتها وبين إثبات الشجرة العامة وحدها كما يقول أوبرى دور (١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٧٧ حاشية رقم ٩) . انظر أيضاً كولان وكايخان ومورانفيل ٢ ص ٤٨٨ .

(٣) ولكن هذا لا يمنع من أن يستعين القاضى فى قضائه بما هو معروف بين الناس ولا يكون عليه خاصاً به مقصوداً عليه ، وذلك كالمعلومات الخارجية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة ، أنه أن يستعين فى قضائه بما هو معروف من أن الأرض فى مصر قد أصبحت ملكاً لأصحابها وقبة ومنفعة بعد أن كانت أراضي خراجية وذلك منذ عهد سيد باشا . وبما هو (٢٠ الوسط ج ٢)

عن القضاء بملء لا يرجع إلى موقفه المحايد في الإثبات ، فإن حياد القاضي لا يتعارض ضرورة مع القضاء بملء ، وإنما يرجع إلى ما ذكره هنا من حق الخصوم في مناقشة الدليل<sup>(١)</sup> .

وهذا الدور الإيجابي للخصوم في الإثبات ، وما يستتبعه من حقهم في مناقشة الأدلة ، تنظمه قواعد أربع : (١) حق الخصم في الإثبات (٢) حق الخصم الآخر في إثبات العكس (٣) لا يجوز لأي خصم أن يصطنع دليلاً لنفسه (٤) ولا يجوز إجباره على تقديم دليل ضد نفسه . ونقول كلمة عن كل من هذه القواعد .

**٢٨ - من الخصم في الإثبات :** على الخصم أن يثبت ما يدعيه أمام القضاء بالطرق التي بينها القانون . موقفه في الإثبات موقف إيجابي . وليس هذا واجباً عليه فحسب ، بل هو أيضاً حق له . فالخصم أن يقدم للقضاء جميع ما تحت يده أو ما يستطيع إبرازه من الأدلة التي يسمح بها القانون تأييداً لما يدعيه . فإن لم يمكنه القاضي من ذلك كان هذا إخلالاً بحقه ، وكان سبباً للطعن في الحكم بالنقض .

ويتقيد حق الخصم في الإثبات بقيود ثلاثة : (١) لا يجوز للخصم أن يثبت ما يدعيه إلا بالطرق التي حددها القانون . فلا يجوز له أن يثبت بالبيئة ما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ، ولا يجوز له أن يجزئ إقرار خصمه إذا كان هذا الإقرار لا يتجزأ ، ولا يجوز له أن يوجه اليقين الحاسمة إلى خصمه حيث يكون متعنتاً في توجيهها . ويجب فيها يسمح له به القانون من طرق الإثبات أن يتقدم بما عنده

---

= معروف من أن رى المياض لا يكون إلا دورة زواحية واحدة ، وبأن ثمن القطر كان منخفضاً في أوقات مرتفعة في أوقات أخرى (انظر الأستاذ عبد الباسط جيسى ص ٧٣ والأحكام التي أشار إليها ، والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ١٦) .

وانظر في جواز أن يقضي القاضي بملء في الفقه الإسلامي عند المتقدمين ( في غير الحدود المالصة ) وفي عدم جواز ذلك إطلاقاً عند المتأخرين الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الفرية الإسلامية ص ٣٣ - ص ٤٢ .

(١) ويتطرق في ذلك أن القاضي الجنائي ، ووجوده في الإثبات إيجابي إلى حد بعيد فلا يعتبر محايداً ، متروك مع ذلك من القضاء بملء ، كما لاحظ ذلك بحق الأستاذ عبد الباسط جيسى في كتابه نظام في الإثبات لقانون المثلث المصري (ص ٧٨) .

من الأدلة طبقاً للأوضاع وللإجراءات التي رسمها له القانون . (٢) كذلك لا يجوز للخصم أن يطلب إثبات واقعة لم تتوافر فيها الشروط الواجبة ، إذ يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى متتجة في دلائلها جائزة الاثبات قانوناً . ومنفصل هذه الشروط فيما يلي . (٣) ويبقى للقاضي بعد كل ذلك حرية واسعة في تقدير قيمة الأدلة التي تقدم بها الخصم ، فبإحدى ما إذا كانت شهادة الشهود مقننة ، ويقدر إذا قدم الخصم ورقة ما يترتب على الكشف والمحو والتعشير وغير ذلك من العيوب المادية في هذه الورقة من إسقاط قيمتها في الإثبات أو إنقاصها ( م ٢٦٠ مرافعات ) ، وإذا كانت وقائع الدعوى ومستنداتها كافية لاقتناعه بصحة الورقة التي تقدم بها الخصم الآخر أو بتزويرها فله أن يمتنع عن السير في إجراءات التزوير التي طلبها الخصم الذي طعن بالتزوير في هذه الورقة ( م ٢٨٤ مرافعات ) بل له ولو لم يدع أمامه بالتزوير أن يحكم من تلقاء نفسه برد أية ورقة وبطلانها إذا ظهر له بجلاء من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة ( م ٢٩٠ مرافعات ) ، كما أن له أن يعدل عما أمر به من إجراءات الاثبات أو ألا يأخذ بنتيجة هذه الإجراءات ( م ١٦٥ مرافعات ) ، وإذا رأى أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب فإن له أن يرفض طلب الاستجواب الذي يقدم به الخصم ( م ١٦٨ مرافعات ) .

وحق الخصم في الاثبات يقابله واجب يلتق على حائق الخصم الآخر ، بل على حائق الغير ، في ألا يعطل هذا الحق بعنت منه أو سوء نية . ويصل لهذا الواجب إلى مدى بعيد ، فيفرض في بعض الحالات على الخصم الآخر أو الغير أن يقدم مستندات في حوزته لتكوين المدهى من إثبات حقه ، وسنعود إلى هذا الواجب بالتفصيل فيما يلي .

٢٩ - من الخصم الآخر في إثبات العكس : وكل دليل يتقدم به الخصم لإثبات دعواه يكون للخصم الآخر الحق في نقضه وإثبات عكس ما يدعيه الخصم . وتطبيقاً لهذه القاعدة نصت المادة ١٩٢ من قانون المرافعات على أن « الاذن لأحد الخصوم باثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نقضها بهذه الطريق » . وإذا كان الدليل الذي قدمه الخصم ورقة مكتوبة ، فإن كانت ورقة عرفية كان للخصم الآخر أن ينكر خطه أو

إمضاءه أو أن يطعن في الورقة بالتزوير ، وإن كانت ورقة رسمية كان الخصم الآخر أن يطعن فيها بالتزوير . وفي جميع الأحوال يجوز للخصم الآخر - فيما لا يتحتم فيه الطعن بالتزوير - أن يثبت عكس ما هو ثابت ضده بالكتابة على أن يكون إثبات العكس بكتابة مماثلة وفقاً للأحكام التي قررها القانون . وإذا كان الدليل المقدم قرينة قضائية ، فللخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة بقرينة مثله أو بأى طريق آخر . وكذلك الحال في القرينة القانونية ، فإن الأصل فيها جواز إثبات العكس ، أما القرائن القانونية التي لا تقبل إثبات العكس فتأدرة ولا بد في منع إثبات العكس فيها من نص في القانون .

وحق الاقرار واليمين يتصور فيهما تطبيق هذه القاعدة . فإذا تمسك الخصم بالاقرار الصادر من الخصم الآخر ، جاز لهذا الخصم الآخر أن يتمسك بإعلان هذا الاقرار لعدم الأهلية أو للغلط أو لغير ذلك من العيوب . وإذا وجه الخصم اليمين الحاسمة للخصم الآخر ، جاز لهذا الخصم الآخر أن يرد على خصمه اليمين .

ويتبين من كل ذلك أن الأصل في الدليل الذي يقدمه الخصم تمكين الخصم الآخر من نقضه ، وأن حق الخصم في إثبات ما يدعيه يقابله حق الخصم الآخر في إثبات العكس .

### ٣٠ - لا يجوز سوى خصم أنه يصطنع ويؤلف نفسه : الأصل أن

الدليل الذي يقدم ضد الخصم يكون صادراً منه حتى يكون دليلاً عليه . فالورقة المكتوبة حتى تكون دليلاً على الخصم يجب أن تكون بخطه أو بإمضائه . وإذا كانت الورقة ليست دليلاً كاملاً واقتصر أمرها على أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، فإنه يجب كذلك أن تكون صادرة من الخصم الذي يراد الإثبات ضده على التضميل الذي سنتينه فيما بعد .

ومن ثم لا يجوز أن يكون الدليل الذي يتمسك به الخصم صادراً منه هو أو أن يكون من صنفه ، فن البهانة أن الشخص لا يستطيع أن يصطنع دليلاً بنفسه لنفسه . «ولو يعطى الناس بدعواهم - كما جاء في الحديث الشريف - لادعى

أناس دعاء رجال وأموالهم<sup>(١)</sup> . فلا يجوز إذن أن يكون الدليل الذى يقدمه  
النحس على صحة دعواه مجرد أقواله وأدعائه ، أو أن يكون ورقة صادرة منه ،  
أو مذكرات دونها بنفسه . وتطبيقاً لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٧٢  
من التقنين الملقى على أنه «ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنه ،  
فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حياته ولا الأصل الذى تقوم عليه  
هذه الحياة » . وهذه القاعدة فرع عن مبدأ أهم وأخمل ، هو أن الشخص  
لا يستطيع أن يخلق بنفسه لنفسه سبباً لحق يكسبه ، ومن استعمل الشيء قبل  
أوانه عوقب بحرمانه . فالوارث الذى يقتل موارثه يحرم من إرثه ، وإذا كان  
التأمين على حياة شخص غير المؤمن له برئت ذمة المؤمن من التزاماته متى تسبب  
للمؤمن له عمداً فى وفاة ذلك الشخص أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه ،  
وإذا كان التأمين على الحياة لصالح شخص غير المؤمن له فلا يستفيد هذا  
الشخص من التأمين إذا تسبب عمداً فى وفاة الشخص المؤمن على حياته أو  
وقعت الوفاة بناء على تحريض منه (م ٧٥٧ مدنى) . ويعتبر الشرط قد تحقق إذا  
كان الطرف الذى له مصلحة فى أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه ،  
وكذلك لا أثر للشرط الذى تحقق إذا كان تحققه قد وقع بفش الطرف الذى له  
مصلحة فى أن يتحقق (م ٣٨٨ من مشروع التقنين الملقى الجديد) .

على أن القانون نص فى بعض الحالات ، لمبررات قلدها المشرع ، على جواز  
أن يمسك الشخص بدليل صدر منه هو . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى  
من المادة ٣٩٧ من التقنين الملقى من أن «دفاتر التجار لا تكون حجة على غير  
التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجهز للقاضي  
أن يوجه التمين التهمة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالينة » . ومن  
ذلك ما نص عليه التقنين التجارى من أن دفتر التاجر قد يكون حجة له على  
التاجر ، إذ تنص المادة ١٧ من هذا التقنين بأنه «يجوز للقضاء قبول الدفاتر  
التجارية لأجل الإثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك  
الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً » . ومن ذلك أخيراً ما نصت عليه المادة

---

(١) انظر طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية للاستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٣٥ ونظام الإثبات  
فى القانون الملقى المسمى للاستاذ عبد الباقى جيسى ص ٩٣ .

٢٥٧ من تهنين المرافعات - في حالة امتناع الخصم من تقديم ورقة يلزمه القانون بتقديمها - من أنه إذا لم يتم الخصم بتقديم الورقة في الموعد الذي حددته المحكمة . . اعتبرت صورة الورقة التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من الورقة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها<sup>(١)</sup> .

### ٣١ - لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه إلا في

حالات معينة : قلنا أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه . ويقابل ذلك أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه (Nemo tenetur odere contra se) . فكما أن الخصم لا يستفيد من دليل صنعه لنفسه ، كذلك هو لا يضار بتقديم دليل ضد نفسه<sup>(٢)</sup> .

غير أن بداية القاعدة الأولى تفوق وضوح القاعدة الثانية . فقد رأينا أن حق الخصم في الإثبات قد يصل في بعض الحالات إلى حد إجبار خصمه أو الغير على تقديم دليل في حوزته . لذلك كانت هذه القاعدة الثانية في حاجة إلى إيمان في النظر .

فمن الممكن القول إن من امتنع من الخصوم دون حق أن يستجيب لطلبات خصمه من تقديم مستندات في حوزته ، أو جعل بفعله إثبات الدعوى مستحيلاً بأن امتنع مثلاً عن تقديم دليل تحت يده لا يمنع القانون من تقديمه ، جاز أن ينحصر دعواه ، وذلك بطريق القياس على من جعل بفعله تحقق الشرط الذي علق

---

(١) على أن الورقة قد تكون صادرة من الخصم فيستد إليها الخصم الآخر ، وفي هذا الاستناد إقرار من هذا الخصم الآخر بصحة ما جاء بالورقة ، ومن ثم يجوز للخصم الأول أن يجمع بها بالرغم من أنها صادرة منه هو ( نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٤١ الجلسة ٢٢ ص ٨٥٠ - نظام الإثبات في القانون المدني المصري للاستاذ عبد الباسط جسي ص ٩٣ .

(٢) انظر في هذا المعنى استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩١١ الجلسة ٢ رقم ٦٩ ص ٢٢٢ - ٣٠ مايو سنة ١٩٢٢ الجلسة ١٣ رقم ٢١١ ص ٤١٨ - استئناف مخطوط ١٠ يولية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٢ .

عليه التزام مستجيلاً فإن القانون يفترض أن الشرط قد تحقق<sup>(١)</sup>. بل إن الغير أيضاً - لا الخصم وحده - قد يلتزم عليه واجب المعاونة في الإثبات. فيطلب شاهداً في الدعوى ويجب عليه الأدلاء بشهادته فإذا تخلف عن الشهادة جاز الحكم عليه بالفراغة ، وإذا كانت تحت يده مستندات جازت مطالبة بارازها بين يدي القضاء<sup>(٢)</sup>.

وقد تصل بعض الشرائع إلى حد أن تفرض بنص خاص التزاماً قانونياً على من يجوز أو يحرم شيئاً أو مستنداً يكون الغير مصلحة في عرضه لإثبات أمر يدعيه أن يعرض هذا الشيء أو يقدم هذا المستند للقضاء للكشف عما يمكن أن يتضمنه من وجه إثبات الأمر المدعى به. ويرفع هذا الالتزام القانوني دعوى تسمى بدعوى العرض (action ad exhibendum)<sup>(٣)</sup>. وقد نص على هذه

(١) انظر الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ من مشروع التفتين المدني الجديد، وكان نصها يجرى على الوجه الآتي: « يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذي له مصلحة في أن يتحقق حال بطريق النشر دون تحققه ». وقد حذفت في لجنة المراجعة لإسكان استخلاص حكمها من القواعد العامة. وانظر أيضاً المادة ١١٧٨ من التفتين المدني الفرنسي وبلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٤١١ ص ٨٢٤.

(٢) ديموج ٣ ص ٣٤٧ - بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٤١١ ص ٨٢٤.  
(٣) ويرجع أصل هذه الدعوى إلى القانون الروماني، منه عهد الألواح الاثني عشر على قول (أكارياس Accarias في القانون الروماني ٢ ص ٨٧٦)، وفي آخر عهد الجمهورية على قول آخر (جيرار Girard الطبعة الثالثة ص ٦٢٩ هامش رقم ٢) - وانتقلت الدعوى على العصور الوسطى إلى القانون الكنسي (droit canonique) وإلى بعض قوانين العادات (droits coutumiers) في فرنسا. ولم يرد في شأنها نص عام في التفتين المدني الفرنسي، ولكن وردت بعض نصوص تشريعية متفرقة في بعض تطبيقاتها التفصيلية. من ذلك الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٨٤٢ من التفتين المدني الفرنسي فيما يتعلق بمستندات العين المقسومة التي توجد في يد أحد الشركاء المتقاسمين، ومن ذلك المواد من ١٤ إلى ١٧ من التفتين التجاري الفرنسي فيما يتعلق بتقديم دفاتر التجار والاطلاع عليها - ولكن لقفه ولفضاء في فرنسا يعلن إلى تسمية هذه التطبيقات على حالات أخرى لم ينص عليها (ديموج ٣ فقرة ٢١١ - ديموج في المجلة الفصلية لقانون المدني سنة ١٩٢١ ص ٧٤٠ وسنة ١٩٢٨ ص ٨٩٨ - ديمونثيس Demonths في دعوى العرض في القانون الحديث رسالة من باويس سنة ١٩٢٢ - جلاسون وتوبيه وسوريل، فقرة ٥٩٤ - سوريل فقرة ٤٧٩ - بلانيول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ٢١٧١ - بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٤١٢ ص ٨٣٥ - ص ٨٢٦ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٧٣ - فقرة ١١٧٥ - نقض فرنسي ١٧ يونيو سنة ١٨٧٩ سيرة ١٨٨١ - ١ - ١١٦ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ١٨٩٩ - ١ - ٨٥ - ١٩ فبراير سنة ١٩٠٧ ص ١٩٠٧ - ١ - ٢٧١ - ١٦ مارس سنة ١٩٢١ مجلة القانون المدني ١٩٢١ ص ٧٤٠).

الدعوى كل من القانون الألماني والقانون السويسري والمشروع الفرنسي الإيطالي. وأخذ بها القضاء الفرنسي دون نص ، بينها تارة على وحدة المصلحة أو الشركة في المستند (communauté d'intérêt, communauté de titre) <sup>(١)</sup> لاسيا إذا كان هذا المستند عقداً ، وبينها طوراً على مصلحة العدة (intérêt de la justice) <sup>(٢)</sup> . ويستخلص من أحكام القضاء الفرنسي أنه يجعل الخصم حق الاثبات ، ويلقى على خصمه واجب المعاونة في ذلك ما استطاع إليه سبيلاً ، ما دام لا يوجد مانع قانوني كوجوب الاحتفاظ بسر المهنة <sup>(٣)</sup> . فإذا لم يتم الخصم بواجبه في المعاونة ، وعطل على خصمه حقه في الاثبات ، اعتبر في منزلة من قام الدليل ضده ، وغسر الدعوى <sup>(٤)</sup> .

أما في مصر ، فقبل صدور التقنين المدني الجديد وتعيين المرافعات الجديد ،

(١) وذلك كما في المجرّد وطوق القصة وتصفية الشركات والأموال المشتركة وطوق الوكالة والشركات (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٧٥ ص ٢٤٧ — ص ٢٤٨ .

(٢) محكمة دن ١٤ يونيو سنة ١٩٢٨ المجلة الفصلية لقانون المدني ١٩٢٨ ص ٨٩٨ .  
الطرك ذلك القضاء البلجيكي : بروكسل ٦ مارس سنة ١٨٦٣ پاسيكريزي ١٨٦٣—٩٦—  
ليج ٤ أبريل سنة ١٨٦٨ پاسيكريزي ١٨٦٨—٢١٩ . ويذهب كل من القضاء الفرنسي والقضاء البلجيكي إلى أن المبدأ القاضي بالألا يجبر الخصم على تقديم مستند ضد نفسه (Nemo tenetur edere contra se) لا يجوز أن يتخذ ستاراً للعلولة دون الدقة والتحقق أغراض ذاتية . ويقول بيدان وپرو في هذه المناسبة إن الاحتيا بالبدأ على هذا الوجه يهد ضرباً من التخصف (abus des droits) (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٧٥ ص ٢٤٨) .

(٣) وكوجوب عدم انتهاك حرمة الرسائل ووجوب الاستناع من الإضرار بالغير . وفي هذه الحدود لا يجوز للشخص الاستناع من تقديم مستند أسره قضاء بتهديه ، ولا جاز الحكم عليه بفرامة تهديدية (astreinte) ، بل جاز الحكم ضده في الدعوى (نقش فرنسي ١٥ يولية سنة ١٩٠١ دالوق ١٩٠١—١—٤٩٩ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٧٥ ص ٢٤٨ — ص ٢٤٩) .

(٤) ويجوز كذلك إجبار الغير على تقديم مستند تحت يده إذا كان هذا الغير شخصاً يقوم بوظيفة عامة وذلك كسجل المالة المدنية (officiers de l'état civil) وسفاتي القرون (conservateurs des hypothèques) وموتقي العقود (notaires) ، ويترك ذلك لتقدير القضاء . أما الأفراد الأجانب من المخصصة فيجوز كذلك إجبارهم إذا ثبت عدمهم شئ أو تدليس أو كانوا شهوداً في الدعوى . هنا إلى أن الفرد الذي يتمتع دون حق من تقديم مستند في يده بغير الدقة يكون مسئولاً عن تعويض الضرر الذي يحدثه بمقتضى المادة ١٣٨٢ من التقنين المدني الفرنسي (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٧٦ — فقرة ١١٧٧) .



كان القضاء يذهب إلى عدم إجبار الخصم على أن يقدم دليلاً يرى أنه ليس في مصلحته<sup>(١)</sup> . إلا أنه إذا طلب الخصم تكليف خصمه بتقديم ورقة تحت يده وامتنع عن تقديمها ، فهذا الامتناع يكون محل اعتبار من المحكمة بحسب دلائل المحتملة ، ولا يتحتم اعتباره تسليماً بأدعاء الطالب<sup>(٢)</sup> ، والمحكمة أن تقضي لمصلحة الخصم الذي يرجع لديها أنه هو الحق<sup>(٣)</sup> ، ولها أن تستخلص من امتناع الخصم دليلاً للحكم ضده<sup>(٤)</sup> .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجبر خصم على أن يقدم دليلاً يرى أنه ليس في مصلحته ، فإن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به ، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه . (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٠ ص ١٦٠ — وانظر حكماً آخر في ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ ص ١٠٨٢) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا قدم خصم في دعوى على الحكومة ورقة قال إنها صورة غير رسمية من أحد الخطابات المتبادلة بين إحدى مصالح الحكومة ووزارة المالية ، جاز للحكومة أن تطلب من المحكمة أن تأمر باستردادها من دوسيه الدعوى ، لأنه إذا كان لا يجوز إلزام الحكومة بتقديم الأصل ، فلا يجوز قبول تقديم ورقة زعم مقدمها أنها صورة طبق الأصل ليخرج الحكومة إلى تقديم الأصل المخالف للصورة (محكمة الاستئناف ٦ ديسمبر سنة ١٩١١ المحاماة ٢ رقم ٦٩ ص ٢٢٢) وقضت محكمة المواسكي ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١١٤ ص ١٦١ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا طلب الخصم تكليف خصمه بتقديم ورقة تحت يده مدعياً أن له حقاً فيها وامتنع عن تقديمها فهذا الامتناع إنما يكون محل اعتبار من المحكمة بحسب دلائل المحتملة وبغير إلزام من القانون بمده حتماً تسليماً بقول الطالب (نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٥ ص ٥٦٣ . وانظر أيضاً استئناف غنظل ١٠ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٠٢ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٢) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد اتخذت إجراء من إجراءات تحضير الدعوى بأن كلفت أحد الخصوم بتقديم ورقة من الأوراق ، فلم يقدمها وأدعى عدم وجودها بنده ، فإن لما أن تحكم في موضوع الدعوى لمصلحة الخصم الذي يرجع لديها أنه هو الحق . وبمسبها أن تكون قد دونت في حكمها حجج الطرفين ، واعتدت في ترجيح ما رجحت منها على أسباب معقولة ، ليسكون حكمها مبدأً من رقابة محكمة النقض ، لأن الاجتهاد في ذلك كله داخل في فهم الواقع في الدعوى مما لا شأن فيه للقانون (نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٢ ص ١٠٨٢) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه إذا امتنع الخصم من تقديم مستند — كمضطر جرد تركه — بعد تكليف المحكمة له بتقديمه ، وأصبح من المستحيل بحسب هذا الامتناع الإطلاع على هذا المستند ، أصبر خصمه قد أقام الدليل على ما كان يطلب إثباته من واقع هذا المستند (استئناف غنظل ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٢) .

وقد كان المشروع الابتدائي للتقنين الملقى الجليلد يحتوى على نص يقر  
دعوى العرض (action ad exhibendum) ويفصل أحكامها على غرار المشروع  
الفرنسي الايطالى ، فحذف فى لجنة المراجعة لأنه أدخل فى باب المرافعات ،  
وكان هذا النص (المادة ٢٧٣ من المشروع الابتدائي) يجرى على الوجه الآتى :  
١ - كل من حاز شيئاً أو أحوزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقاً متعلقاً به  
مضى كان فحص الشيء ضرورياً للبث فى الحق المدعى به من حيث وجوده  
ومداه ، فإذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى ، فللقاضى أن يأمر  
بعرضها على ذى الشأن ويتقدمها عند الحاجة إلى القضاء ، ولو كان ذلك لمصلحة  
شخص لا يريد إلا أن يستند إليها فى إثبات حق له ، ٢ - على أنه يجوز للقاضى  
أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن أحوزه مصلحة مشروعة فى  
الامتناع عن عرضه ، ٣ - ويكون عرض الشيء فى المكان الذى يوجد فيه  
وقت طلب العرض ، ما لم يعين القاضى مكاناً آخر ، وعلى طالب العرض أن  
يقوم بدفع نفقاته مقدماً ، وللقاضى أن يعلق عرض الشيء على تقديم كفالة  
تضمن لمن أحوز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض (١).  
ولم يتضمن تقنين المرافعات الجليلد هذا النص بالرغم من أن حذفه من  
مشروع التقنين الملقى كان بسبب أنه أدخل فى باب المرافعات كما تقدم القول .  
على أن تقنين المرافعات تضمن طائفة من النصوص لالتزام الخصم بتقديم ورقة

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع المتهيد فى شأن هذا النص ما يأتى : «يشمل  
الالتزام بتقديم شيء فى نطاق الالتزامات المقررة بنص القانون . ويتضمن ترتيب هذا الالتزام  
اجتماع شروط ثلاثة : (أ) أولها أن يدعى شخص بحق يتلفه شيء ، شخصياً كان الحق أو عينياً .  
(ب) والثانى أن يكون الشيء المدعى به فى يد شخص آخر على سبيل الحياة أو الإحراز ، سواء  
أكان هذا الشخص شخصاً فى الدعوى أم لم يكن شخصاً فيها . (ج) والثالث أن يكون ضمن الشيء  
ضرورياً للبث فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . ويرجع تقدير هذه الضرورة إلى  
القاضى ... فإذا اجتمعت الشروط المتضمن ذكرها ، جاز للقاضى أن يأمر بعرض الشيء أو الوثيقة  
المطلوبة ، إلا أن يملك المدين بمصلحة مشروعة أو سبب قوى للامتناع ، كالحرص على حرمة  
سر عائل مثلاً . والأصل فى العرض أن يحصل حيث يوجد لشيء وقت وضع الدعوى . ولكن  
يجوز للقاضى أن يحكم بغير ذلك كما هو الشأن فى تقديم الشيء أمام القضاء . وتكون نفقات العرض  
على نفقة من يطلب . ويجوز إلزامه ، إذا رأى القاضى ذلك ، بتقديم تأمين لضمان تعويض ما قد  
يسببه محرز الشيء من ضرر من وراء هذا العرض » (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٤٩١ -  
ص ٤٩٢ فى الحاشية ) .

تحت يده ، فصنت المادة ٢٥٣ على أنه يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة متنتجة في الدعوى تكون تحت يده :

(١) إذا كان القاتون يجيز مطالبة بتقديمها أو تسليمها (٢) إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه ، وتعتبر الورقة مشتركة على الأخص إذا كانت محررة لمصلحة الشخصين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة<sup>(٣)</sup> إذا استند إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى<sup>(٤)</sup> . وأولى هذه الحالات - حالة ما إذا كان القاتون يجيز المطالبة بتقديم الورقة أو تسليمها - مثلها ما نصت عليه المادة ١٦ من التفتين التجارى من أنه ولا يجوز للمحكمة في غير المنازعات التجارية أن تأمر بالاطلاع على الدفتين المتقدم ذكرهما (اليومية والمراسلات) ولا على دفتر الجرد إلا في مواد الأموال المشاعة أو مواد الشركات وقسمة الشركات وفي حالة الإفلاس . وفي هذه الأحوال يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بالاطلاع على تلك الدفاتر . فهذا نص يجيز في أحوال معينة في المنازعات التجارية وبعض المنازعات المدنية وهى الشيوخ والتركة وقسمة الشركات والإفلاس - أن تأمر المحكمة من تلقاء نفسها بتقديم الدفاتر التجارية والاطلاع عليها لإثبات حق مدعى به ، ولكن النص محدود - كما نرى - من حيث الأحوال التى يجوز فيها الأمر بتقديم المستند ومن حيث نوع المستند ذاته . فهو لا ينطبق إلا على بعض الدفاتر التجارية . وكذلك نصت المادة ١٨ من التفتين التجارى على أنه ويجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها في أثناء الخصومة بتقديم الدفاتر لتستخرج منها ما يتعلق بهذه الخصومة . فهذا نص آخر يجيز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها ، في جميع المنازعات التجارية والمدنية ، بالاطلاع على جميع الدفاتر التجارية . وهذا النص ، وإن كان مطلقاً من ناحية الأحوال التى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قاعدة أنه لا يجوز إلزام خصم بتقديم مستندات لخصه ولا يجوز انتقال المحكمة للاطلاع عليها إلا إذا كانت هذه المستندات رسمية لا تنطبق في حالة ما إذا كانت الورقة مشتركة بين الطرفين بأن كانت مثبتة لالتزامات جادة بينهما ( نقض مطلق ٨ فبراير سنة ١٩٥٩ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦١ ص ٢٢٥ ) .

(٢) ومن أجل ذلك نصت المادة ٢٥٨ من تفتين المرافعات على أنه « إذا قدم الخصم ورقة للاستدلال بها في الدعوى ، فلا يجوز له سحبها بغير رضا خصمه إلا بإذن كتابي من القاضي أو رئيس المحكمة » .

يجوز فيها الأمر بتقديم المستند ومن حيث نوع المستند ، إلا إنه محدود من حيث الفرض بن تقديم المستند . فهذا الفرض مقصور على أن تطلع المحكمة - دون أن تطلع الخصم - كما هي الحال في شأن المادة ١٦ المتضمنة الذكر - على دفاتر التجار لا في جميع أجزائها بل في الجزء الذي وردت فيه البيانات المتعلقة بالخصومة . وسنعود إلى المادتين ١٦ و ١٨ من التقنين التجارى ببيان أوفى عند الكلام في دفاتر التجار كطريق من طرق الإثبات .

وتحدد المادة ٢٥٤ من تقنين المرافعات البيانات الواجب ذكرها في الطلب الذى يتقدم به الخصم لإلزام خصمه بتقديم الورقة الواجب تقديمها ، فتقول : ويجب أن يبين في هذا الطلب : (١) أوصاف الورقة التى تعينها (٢) فعوى الورقة بقدر ما يمكن من التفصيل (٣) الواقعة التى يستشهد بها عليها (٤) الدلائل والظروف التى تؤيد أنها تحت يد الخصم (٥) وجه إلزام الخصم بتقديمها . وتبين المادة ٢٥٦ من تقنين المرافعات النتيجة التى ينتهى إليها الطالب في حالة القدرة على إثبات صحة طلبه وفى حالة العجز عن هذا الإثبات على الوجه الآتى : « إذا أثبت الطالب طلبه أو أقر الخصم بأن الورقة في حوزته أو سكت ، أمرت المحكمة بتقديم الورقة في الحال أو في أقرب موعد تحدده . وإذا أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب ، وجب أن يحلف المتكبر بما بأن الورقة لا وجود لها وأنه لا يعلم وجودها ولا مكانها وأنه لم يخفها أو لم يحمل البحث عنها ليحرم خصمه من الاستشهاد بها . وتذكر المادة ٢٥٧ من تقنين المرافعات جزاء عدم تقديم الورقة أو الامتناع عن حلف المدين ، فتقول : « إذا لم يتم الخصم بتقديم الورقة في الموعد الذى حددته المحكمة أو امتنع عن حلف المدين للدعوة ، اعتبرت صورة الورقة التى قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من الورقة جاز الأخذ بقوله فيها يتعلق بشككها أو بموضوعها . وقد سبق أن أوردنا هذا النص كحالة يجوز فيها أن يتسلك الشخص بدليل صدق منه هو . وتجري المادة ٢٥٩ من تقنين المرافعات الأحكام السابقة على إلزام الغير بتقديم ورقة تحت يده على النحو الآتى : « يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ، ولو أمام محكمة الاستئناف ، أن تأذن في إدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده ، وذلك في الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة .

وهذه النصوص كلها مستمدة في تقنين المرافعات الجديد ، وقد أعطت  
عن تقنين المرافعات الألماني ( م ٣٨٦ وما بعدها ) وعن تقنين المرافعات التركي  
( ٣٢٦م وما بعدها )<sup>(١)</sup> . وهي على كل حال أصبغ في نطاقها من دعوى العرض  
التي حذفت نصها من مشروع التقنين المدني . فهي لا تجبئ إلزام الخصم أو الغير  
بتقديم ورقة تحت يده هي مستند في الدعوى إلا في أحوال ثلاث ذكرتها  
المادة ٢٥٣<sup>(٢)</sup> . أما نص مشروع التقنين المدني المخلوف فقد كان يجيز إلزام  
الخصم أو الغير بتقديم المستند الذي في حوزته حتى في غير هذه الأحوال الثلاث ،  
مضى ثبت أن فحص هذا المستند ضروري لثبت في الحق المدعى به ، ويرجع تقدير  
هذه الضرورة إلى القاضي . هذا إلى أن النص المخلوف عام يتناول المستندات  
وسائر الأشياء الأخرى . فيجوز مثلاً - كما جاء في المذكرة الإيضاحية  
للمشروع التمهيدى<sup>(٣)</sup> - لمالك الشيء المروق أن يطلب من يشتبه في حيازته له  
بعرضه عليه ليثبت من ذاتيته . ويجوز كذلك لوارث المهندس أن يطلب تمكينه  
من معاينة الترميمات التي أجراها مورثه حتى يتسنى له أن يبين مدى حقه في  
الأجر بعد أن آل إليه هذا الحق من طريق الميراث . فإذا كان الشيء الذي يطلب  
عرضه سنداً أو وثيقة فيلاحظ أمران : أولهما أن فحص الوثيقة قد يكون ضرورياً  
لا لثبت في وجود الحق المدعى به وتعيين مداه ، بل لجرد الاستناد إليها في إثبات

(١) انظر شرح المرافعات المدنية والتجارية للدكتور عبد المنعم أحد الفقهاء ص ٤٥٦  
- ص ٤٦٠ وكتاب المرافعات المدنية والتجارية للدكتور أحمد أبو الوفا ص ٤٩٢ -  
ص ٤٩٤ .

(٢) ويكون الأمر مع ذلك أيضاً متروكاً لتقدير القاضي ، فله أن يرفض طلب تقديم  
الورقة ، ولو في إحدى هذه الحالات الثلاث ، إذا تبين له عدم جدية الطلب . وقد نفتت محكمة  
التنفيذ بأنه وإن كانت المادة ٢٥٣ من تقنين المرافعات - تجبئ الخصم أن يطلب إلزام خصمه  
بتقديم أية ورقة متجدة في الدعوى تكون تحت يده إذا توافرت إحدى الأحوال الثلاث الواردة  
فيها ، إلا أن الفصل في هذا الطلب باجباره متعلق بأوجه الإثبات متروكة لتقدير القاضي الموضوع ،  
فله أن يرفضه إذا تبين له عدم جدية ، وإذن فهي كانت المحكمة ، إذ رفضت إجابة طلب الطاعن  
بإلزام انطون عليه بتقديم دفاتر الوقت لإثبات وفائه للأجرة التي ادعى أنه قام بدفعها ، قد  
قررت ، بالأدلة المبررة التي أوردها وبما من سلطة التقدير الموضوعية في هذا الخصوص ،  
أنه طلب غير جدي ، فإن النسي عليها بمخالفة القانون يكون على غير أساس ( نقض محقق  
١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ بمجموعة أحكام محكمة التنفيذ ٤ رقم ٢٩ ص ١٨٣ ) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩١ - ص ٤٩٢ في الحاشية .

حق الطالب . والثاني أن للقاضي أن يأمر عند الاقتضاء بتقديم الوثيقة المحكمة لا مجرد عرضها على الطالب . فيجوز مثلاً لشترى الأرض ، إذا تعهد بالوفاء بما يقى من ثمن آلة زراعية ملحقة بها ، أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بتعيين القدر الواجب أدائه من هذا الثمن . ويجوز كذلك لموظف يدعى أنه عزل تصفياً أن يطلب تقديم ملف خدمته للقضاء ليستخلص منه الدليل على التصف .

وإذا كانت نصوص تقنين المرافعات الجديد ضيقة من حيث نطاقها ، فهي على العكس من ذلك واسعة من حيث ترتب الجزاء عليها ، وقد رأينا أن الخصم أو الغير إذا لم يتم بتقديم الورقة اعتبرت صورة الورقة التي قدمها الخصم للمدعى صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن هذا قد قدم صورة الورقة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها . وهذا أقصى جزاء يمكن أن يترتب على الشخص إذا أخل بالزمامه القانوني من تقديم مستند تحت يده .

## ٢٥ - مسائل الإثبات

٢٢ - مسائل محلولة : مسائل الإثبات بوجه عام ثلاث :

- (أولاً) محل الإثبات (objet de la preuve) .
  - (ثانياً) عبء الإثبات (charge de la preuve, onus probandi) .
  - (ثالثاً) طرق الإثبات (procédés de la preuve) .
- وتتناول هذه المسائل الثلاث متعاقبات .

### أولاً - محل الإثبات

١ - ماهو محل الإثبات :

٢٣ - محل الإثبات هو مصدر الحق وليس الحق ذاته : قلنا أن محل الإثبات ليس هو الحق المدعى به ، شخصياً كان هذا الحق أو عينياً ، بل هو المصدر الذي ينشأ هذا الحق .

والصادر التي تنشئ الحقوق ، أيا كانت ، لا تملو أن تكون إما تصرفاً قانونياً (acte juridique) وإما واقعة قانونية (fait juridique) على النحو الذي يبيته فيما تقدم.

٣٤ - بل هو مقصود أية رابطة قانونية : والمدعى به لا يقتصر على أن يكون قيام حق ، بل قد يكون انقضاء هذا الحق . مثل ذلك أن يرفع شخص على آخر دعوى بدين ويثبت وجوده ، فيدفع المدعى عليه الدعوى بانقضاء الدين ، ففي هذا الدفع يصبح المدعى عليه مدعياً ويقع عليه عبء إثبات انقضاء الدين . ومثل ذلك أيضاً أن يرفع شخص على مالك عقار دعوى ثبوت حق انتفاع له على هذا العقار أو حق ارتفاق ويثبت هذا الحق ، فيدفع المدعى عليه الدعوى بانقضاء حق الانتفاع أو حق الارتفاق . وفي جميع هذه الأحوال يكون المدعى به في الدفع ليس وجود الحق ، شخصياً كان أو عينياً ، بل زواله . وزوال الحق كوجوده يرجع إما إلى تصرف قانوني وإما إلى واقعة قانونية . فحل الإثبات هنا أيضاً هو التصرف القانوني أو الواقعة القانونية .

وقد يكون المدعى به ليس وجود حق أو زواله ، بل وصفاً قانونياً يلحق بوجود الحق أو زواله ، أي يلحق التصرف القانوني أو الواقعة القانونية . أما ما يلحق الواقعة القانونية فثله أن تكون الواقعة المتسك بها عملاً غير مشروع ثم توصف بأن الدافع لارتكابها هو الدفاع الشرعي عن النفس ، فهذا الوصف أيضاً هو واقعة قانونية يجب إثباته على النحو الذي تثبت به الوانعة القانونية الأصلية . وأما ما يلحق بالتصرف القانوني - غير الأوصاف المعروفة المعدلة لآثار الالتزام - فثله أن يكون التصرف عقداً ويتمسك النقص بأنه باطل أو بأنه قابل للإبطال أو بأنه قد فسخ . وأسباب البطلان منها ما يرجع للقراض ومنها ما يرجع للمحل ومنها ما يرجع للسبب ، وهذه كلها جزء من التصرف القانوني تثبت على النحو الذي يثبت به . وأسباب القابلية للإبطال منها ما يرجع للأهلية ومنها ما يرجع لميوب الإدارة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال ، وهذه كلها وقائع قانونية تثبت على النحو الذي تثبت به الواقعة القانونية . وأسباب الفسخ قد تكون تصرفاً قانونياً بأن يختار العاقد فسخ العقد بإرادته ، وقد تكون واقعة قانونية بالأل يقوم العاقد بتنفيذ التزامه في عقد ملزم للجانبين .

### ٣٥- محل الإثبات ليس هو تصرف القانوني أو الواقعة القانونية :

ويتبين من ذلك كله أن محل الإثبات لا يمدو أن يكون تصرفاً قانونياً أو واقعة قانونية . فإلى هذين مرد نشوء الحق وزواله وتعديله وأوصافه القانونية . بل إلى هذين مرد كل الروابط القانونية ، أيا كانت هذه الروابط .

ومن ثم لا ممدى لمن يقوم بالإثبات من أن يثبت أحد أمرين . إما تصرفاً قانونياً أو واقعة قانونية<sup>(١)</sup> . وحتى أثبت ذلك ، كان على القاضي أن يستخلص مما ثبت ما يرتب القانون عليه من الآثار .

### ٣٦- عنصر الادعاء - الواقع والقانون : فالادعاء يحق أو بأنه

رابطة قانونية أمام القضاء ينقسم إذن إلى عنصرين :

(١) فلا يكون الحق ذاته محلاً للإثبات كما قلنا . وقد جاء في الموجز للمؤلف (ص ٦٤٩ - ص ٦٥٠) تأكيداً لهذه القاعدة الهامة ما يأتي : « فبينما أن نشدد في بيان أن الأمر الذي يكون محلاً للإثبات هو مصدر الحق لا الحق ذاته . فإن الغفلة من هذه القاعدة الجوهرية يوقع في كثير من الخلط . وينبغي على ذلك أن الالتزام ذاته لا يكون محلاً للإثبات ، فهو لا يثبت أو ينشئ ، بل هو يستخلص من مصدره ، ومصدر الالتزام وحده هو الواقعة القانونية التي تكون محلاً للإثبات ، فالمدان الذي يريد إثبات التزام في ذمة مدينه عليه أن يثبت مصدر هذا الالتزام ، هل هو عقد أو إرادة منفردة ، أو هو عمل غير مشروع ، أو هو إثراء على حساب الغير ، أو هو واقعة طبيعية يرتب عليها القانون إنشاء هذا الالتزام . وهذه هي مصادر الالتزام التي بينها في أول هذا الكتاب . ونرى من ذلك أن الأمر الذي يكون محلاً للإثبات بالنسبة لجميع الحقوق هو الواقعة القانونية (fait juridique) دائماً ، فإن الواقعة القانونية هي مصدر لكل الحقوق كما بينا . وهي إما أن تكون واقعة طبيعية أو واقعة اختيارية ، والواقعة الاختيارية إما أن تكون عملاً مادياً أو عملاً قانونياً ، والمسأل القانوني إما أن يكون عقداً أو إرادة منفردة ، على التفصيل الذي قلناه » .

هذا وقد جاء في المفكرة الإيضاحية المشروح انتهى ما يأتي : « يتبين أن مقام الدليل على كل واقعة قانونية يدهى بها وقتاً للأحكام المنصوص عليها في القانون المدعى ، متى نوزعت هذه الواقعة أو أنكرت سحتها . والجوهرى في هذا الصدد هو أن الإثبات يرد على الواقعة القانونية ذاتها بوصفها مصدراً للحق أو الالتزام ، دون هذا الالتزام أو ذلك الحق . وغنى عن البيان أن تفصيل هذه المفكرة أشكال بأغراض الفقه منه بأغراض التقنين » . ثم لما تليت المادة ٥٢٦ من المشروع انتهى في لجنة المراجعة ، ونصها : « محل المدان لإثبات الالتزام وحل المدعى لإثبات التخلص منه » ، ذكر أن المقصود بعبارة « إثبات الالتزام » هو إثبات مصدر الالتزام . (انظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٩ - ص ٣٥٠) .



(١) عنصر الواقع ، وهو مصدر الحق للمدعى به ، أى التصرف القانونى أو الواقعة القانونية التى أنشأت هذا الحق . وهذا العنصر هو وحده الذى يطلب للمدعى إثباته . والإثبات هنا يتناول مسائل موضوعية لا رقابة محكمة النقض عليها ، إلا فيما يرسمه القانون من قواعد قانونية للإثبات يلتزم القاضى بتطبيقها فى السماح لمصنوع بإثبات هذه المسائل . فمثلاً إذا رفع المشتري على البائع دعوى بتثبيت ملكيته لمعيار الذى اشتراه ، فإن ثبوت عقد البيع مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، ولكن وجوب إثبات البيع إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات بالكتابة أو بما يقوم مقامها مسألة قانونية تخضع لهذه الرقابة .

(٢) عنصر القانون ، وهو استخلاص الحق من مصلوه بعد أن يثبت العنصر هذا المصدر ، أى تطبيق القانون على ماثبت لدى القاضى من الواقع . وهذا من عمل القاضى وحده ، لا يكلف العنصر إثباته ، فالقانون لا يكلف أحداً هنا الإثبات ، بل على القاضى أن يبحث من تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة للتطبيق على ماثبت عنده من الواقع فيطبقها . وهو فى تطبيقها يخضع لرقابة محكمة النقض<sup>(١)</sup> . ففى المثل المتقدم ، بعد إثبات عقد البيع بالكتابة ، يكون على القاضى أن يستخلص منه التزاماً فى ذمة البائع بنقل ملكية المعيار المبيع للمشتري ، وعلى القاضى أن يستخلص أيضاً أن الملكية لا تنقل فعلاً إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع . وكل هذه مسائل قانونية يقضى بها دون أن يكلف أحداً من الخصمين بإثباتها ، فهى ليست محللاً للإثبات إذ المفروض أن القاضى هو

(١) وذلك على عكس العنصر الأول ، عنصر الواقع ، فهو كما قلنا مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض . وقد وازن بارتان (أوبرى ودو جز ١٢ طبة خامسة فقرة ٧٤٩ ملحق رقم ٢ مكرر ٤) بين منطقة الإثبات - وهى منطقة الواقع - ومنطقة العنصر بالنقض - وهى منطقة القانون - وعارض إحداهما بالأخرى .

ولاحظ بارتان بحث (أوبرى ودو جز ١٢ طبة خامسة فقرة ٧٤٩ ملحق رقم ٢) أن القاعدة التى تقضى بوجوب أن يبحث القاضى من تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة للتطبيق هى التى تؤسس قاعدة أخرى معروفة تقضى بمحراز إثبات وجود العنصر الجديدة (nouveau moyen) فى الاستئناف دون النقض . ذلك أن قاضى محكمة أول درجة يلتزم بالبحث من تلقاء نفسه عن جميع القواعد القانونية التى يجب تطبيقها فى الدعوى ، فإذا قصر فى البحث ، جاز محكمة الاستئناف ، من تلقاء نفسها كذلك ، أن تعادك هذا النقض . ومن ثم جاز لمصنوع أيضاً أن يثيرها ويجعلها قانونية جديدة لم تسبق ولم يثرتها أمام محكمة أول درجة ، لأن هذه المحكمة كان من الواجب عليها أن تغير هذه الوجوه القانونية من تلقاء نفسها

أول من يعلم القانون وقد ناطت الدولة به تطبيقه . بل إن القاضي لا يستطيع أن يتمتع عن القضاء بحجة أنه لا توجد أحكام قانونية يمكن تطبيقها ، وإن امتنع عد امتناعه ككولاجن أداء العدالة (doni de justice) .

### ٣٧ - تفسير القانون يلحق بنص القانون ، ويقع عبءه على

القاضي لا على الخصم : وقد يقع أن تكون أحكام القانون غامضة ، فتكون في حاجة إلى التفسير . وحل القاضي أيضاً يقع عبء هذا التفسير لا على الخصم . فالقاضي هو المنوط به تفسير القانون وتطبيقه تطبيقاً صحيحاً على الواقع الذي ثبت أمامه بالطرق القانونية . وإذا كان الخصم يجتهد في أن يفتح القاضي بتفسير للقانون يكون في مصلحته ، فليس هذا من جهة الخصم إثباتاً لأحكام القانون ، بل هي محاولة يبلها لحمل القاضي على أن يفهم القانون الفهم الذي يفتح مع مصلحته . وهي محاولة لم يكلف القانون الخصم بها ، ولم يرسم لها طرقاً معينة كما رسم لإثبات الواقع . وهي بعد محاولة قد تتجح وقد تفشل ، والقاضي فيها القول الفصل . وآية ذلك أن القاضي في تفسير القانون يستطيع أن يحكم بملءه ، وهو لا يستطيع ذلك في إثبات الواقع . بل هو في القانون وفي تفسيره لا يحكم إلا بملءه ، وهذا العلم هو مصدره الوحيد لمعرفة القانون . وغنى عن البيان أنه يستعين في تحصيل هذا العلم بمراجعة نصوص القانون ، وما وضعه الفقه من شرح لهذه النصوص ، وما قرره القضاء من مبادئ في تطبيقها . ولكنه في النهاية يعتمد على فهمه الشخصي لأحكام القانون ، لا يقيد في ذلك فقه مبسوط أو قضاء سابق . وإنما يكون في هذا الفهم الشخصي خاضعاً لرقابة المحكمة العليا ، فتطلب حل قضائه فيها ترى التحقيق عليه (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض (المائرة المدنية) بأنه لكي يقع الإقرار أثر القانون يجب أن يكون متعلقاً بمسألة لا بالتطبيق القانوني ، لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة معينة هو من شأن المحكمة وسعياً لا من شأن الخصوم . وإذ إن إقرار الطرفين عليها بالتطبيق المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على الرخصة موضوع النزاع لا يقدح المحكمة في فهمها (٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الخامسة رقم ٥ ص ٦٢) .  
هذا وقد يحدو النزاع ، لاسول معرفة القانون أو تفسيره ، بل حول تاريخ نشره ، وتاريخ النشر واقعة مادية تثبت بجميع الطرق وبخاصة عن طريق البحث في الجريدة الرسمية (قارب يمان روبر ٩ لقرة ١١٤٢ ص ٢٠٩ - ص ٢١٠) .

### ٣٨- متى يصبح القانون مسألة موضوعية يتعين على القسّم إثباته -

المادة الاتفاقية والقانون الاجنبى : على أن القانون يصبح مسألة موضوعية ،  
فحين على الخصم إثباته ، ولا يخضع القاضى فى تطبيقه لرقابة محكمة النقض ،  
فى موضعين :

(أولاً) إذا كانت هناك قاعدة تقوم على العادة الاتفاقية (usage conventionnel) وتعتبر شرطاً مفترضاً فى العقد لا حاجة إلى التصريح به. فتصبح القاعدة فى هذه الحالة شرطاً من شروط العقد ، شأنها فى الإثبات شأن سائر شروط العقد يتعين على من يتمسك بها أن يقوم بإثباتها . فإذا سلم بها الخصم الآخر لما استفاض من شهرتها العامة (notoriété publique) ، أخذ بها القاضى كسألة موضوعية ثابتة . وإن نازع الخصم فيها ، كان على ذى المصلحة من الخصوم أن يثبتها ، ويكون ذلك بجميع الطرق ولو بالينة أو بقول أهل العلم بها<sup>(١)</sup> . ذلك أن هذه القاعدة ، وإن كانت تدخل ضمن قانون العقد ، إلا أنها تصبح مسألة واقع لاسألة قانون ، إذ ترد فى الثبابة إلى إرادة المتعاقدين المقترضة ، فهما قد ارتضيا فرضاً ما ألفت الناس فى التعامل من الشروط<sup>(٢)</sup> .

ثم إن المراد إثباته هنا ليس هو أن المتعاقدين قد ارتضيا القاعدة شرطاً من شروط العقد ، فإن التراضى على ذلك مفروض منه بحكم أن القاعدة تقوم على العادة التى ألفتها الناس فى التعامل ، وإلا لوجب أن يكون إثباتها بالكتابة فيها يجب إثبات التصرف القانونى فيه بهذه الطريقة . ولكن الإثبات ينصب فى هذه الحالة على مجرد وجود المادة الاتفاقية وقيامها للمادى (sa matérialité) ، وهذه

(١) بيهان وپرو ٩ فقرة ١١٤٥ ص ٢١٣ .

(٢) وقد قضت محكمة مصر ( الدائرة الاستئنافية ) بأنه يجوز تفسير العقد المكتوب بالرجوع إلى العادات المتبعة فى التجارة ، والى يكون من شأنها تغيير نتائج العقد الاحتياطية غير المذكورة فيه . وهذه العادات يصح إثباتها بالينة . وينتج عن ذلك أنه إذا اشك دهبان عقاراً شائعاً بينهما حاجات صناعتهما ، صح الحكم ، تبعاً لمادة عند أرباب طائفتها ، بأن من يكون منهما قد أقام معسلاً على العقار بعد الاستلاك ، له الحق فى طلب تثبيت ملكيته له خاصة ولو لم يكن تمة شرط صريح ( ١١ أبريل سنة ١٩٠٥ المحبوسة الرسمية ٩ رقم ٦٨ ) .

والقاعدة مادية تثبت جميع الطرق كما قلنا . ويخلص من ذلك أن التعرف على القاعدة التي تقوم على المادة الاضافية لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، بل يصبح مسألة واقع لا تعيب فيها على محكمة الموضوع .

وهذا بخلاف القاعدة القانونية التي يكون مصدرها العرف (coutume) لا المادة (usage) ، فهذه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض . وقد عارض بارتان<sup>(١)</sup> بين العادة والعرف من حيث الإثبات . فالعادة ، على ما عرفت ، عنصر من عناصر الواقع ، يتشكل بها الخصم فعليه إثباتها ، كما يفعل في سائر شروط العقد الصريحة أو الضمنية . أما العرف فقاعدة قانونية ، شأنها في الإثبات شأن القواعد القانونية التي يكون مصدرها التشريع . وليست القاعدة القانونية التي تقوم على العرف في حاجة إلى الإثبات أكثر من حاجة القاعدة القانونية التي تقوم على التشريع . كلتا القاعدتين قانون واجب التطبيق (opinio juris vel necessitatis) يعين على القاضي البحث عنه من تلقاء نفسه لتطبيقه ، دون حاجة إلى إثباته من جانب الخصوم<sup>(٢)</sup> .

(١) تعليق بارتان على لوري ورو جزء ١٢ طبعه حاسة نفرة ٧٥٩ طبعه رقم ٣ مكرر .  
(٢) وقد كانت القاعدة القانونية التي تقوم على العرف تعتبر في الماضي عنصراً من عناصر الواقع يعين على الخصم إثباتها ، شأنها في ذلك شأن المادة الاضافية . ويرجع السبب في ذلك إلى رغبة المحققين (Glossateurs) في أن تتكامل قواعد القانون الروماني على قواعد العرف المحلية (droits coutumiers locaux) . فقواعد القانون الروماني لا حاجة إلى إثباتها بل القاضي يبحث عنها من تلقاء نفسه لتطبيقها ، أما قواعد العرف فهذه لا يطبقها القاضي إلا إذا أثبت الخصوم قيامها ، وبذلك تتكامل قواعد القانون الروماني على قواعد العرف . ثم بقي العمل على ذلك في فرنسا طوال القرن الخامس عشر لسبب آخر غير فكرة تعليق قواعد القانون الروماني التي أصبحت غير ذات موضوع بعد صدور المرسوم المقتضي للقوانين . ذلك أن مبررة الشراح على المذاهب (l'école de l'enseignement) ، التي ظلت سائدة طوال ذلك القرن ، كانت تحذر أن القواعد القانونية لا تستند إلا من التشريع ، فالتشريع وحده هو الذي يبحث عنه القاضي من تلقاء نفسه لتطبيقه دون حاجة إلى إثباته من جانب الخصوم ، أما العرف فيعين على الخصوم إثباته . ولما اندثرت هذه المدرسة في أوائل القرن العشرين ، اتجه القضاة الفرنسيون انهماكاً آخر ، تحت تأثير جي جي (Gény) وسال (Salicrú) وهاكس لهرمان ، فاجبر القاعدة القانونية التي تقوم على العرف في قوة القاعدة القانونية التي تقوم على التشريع (opinio juris vel necessitatis) كلتاهما قانون واجب التطبيق يعين على القاضي البحث عنه من تلقاء نفسه لتطبيقه ( يمان ورو ٩ نفرة ١١٤٤ ص ٢١١ - ص ٢١٢ ) .

(ثانياً) إذا كان القانون المطبق قانوناً أجنبياً بمقتضى قاعدة من قواعد الإسناد .  
مثل ذلك أن يطبق القاضي القانون الفرنسي في الحكم بصحة عقد زواج فرنسي  
بفرنسية . فهنا توجد مسألتان : (١) مسألة قانون ، هي قاعدة الإسناد التي  
تقضى بالرجوع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين ،  
وهي جزء من نصوص التقنين المدني المصري (م ١٢ من التقنين المدني الجديد) ،  
ومخضع القاضي في تطبيقها لرقابة محكمة النقض . (٢) ومسألة واقع ، هي أحكام  
القانون الفرنسي ( وهو قانون كل من الزوجين ) الخاصة بصحة الزواج ،  
وهذه تكون محللاً للإثبات ، ويكلف الخصم ذو المصلحة إثباتها ، ومتى ثبت  
وأخذ بها القاضي فإنه لا يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض في التصرف على  
أحكام القانون الأجنبي . وهنا أيضاً ترى أن القانون - القانون الأجنبي - يصبح  
مسألة موضوعية يتعين على الخصم إثباته ، ويعتبر في هذه الحالة واقعة مادية  
يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك رأى أهل العلم بالقانون الأجنبي  
والنصوص الرسمية لهذا القانون وما يقرن به من تفسير فقهي  
وقضائي .

---

= عل أن هناك فارقاً حلياً بين العرف والتشريع . فالتشريع أمر التصرف عليه ميسور ، فهو  
محصور في عبارات مكتوبة ، يصدر من هيئة معينة ، وفي يوم معين ، وينشر في سجل معروف ،  
ومن ثم يسهل استيعابه . أما العرف فيتكون على مر الزمن ، لا يعرف كيف بدأ ، ولا متى  
انتهى ، فيصعب في بعض الأحوال الاستيفاء منه . لذلك كان من مصلحة الخصم الذي يحسب  
بالعرف ويستطيع إثباته أن يثبت للقاضي ، حتى لا تضع عليه الفرصة إذا كان القاضي مجهول هذا  
العرف ولا يستطيع العثور عليه من تلقاء نفسه . عل أنه بالرغم من هذا الفارق العمل ، بين  
العرف قانوناً لا يطالب الخصم بإثباته ، وحل القاضي أن يبحث عنه ، ويقضي فيه بعلمه ،  
ولمحكمة النقض أن تعقب عليه إذا هو طبق عرفاً غير موجود أو أخفط عرفاً قائماً ، سواء تبه  
إل ذلك أم لم يتبه ( يبدان دبرو ٩ فقرة ١١٤٤ ص ٢١٢ - الأستاذ عبد الباسط جبري في  
نظام الإثبات في القانون المدني المصري فقرة ٥٩ - فقرة ٦٢ ) ، ويذهب الدكتور عبد المنعم  
فرج الصدة ( ص ٢٦ ) ، سائراً في ذلك الأستاذين حامد فقهي ومحمد حامد فقهي في كتاب  
«التنض» ( فقرة ١٦ ر فقرة ١٧ ) إل أن العرف إذا كان حلياً « فإن افتراض علم القاضي  
به يصبح غير معقول ، وبالتالي يكون على الطرف الذي يستند إليه أن يثبت . وفي هذه الحالة  
يأخذ العرف حكم الواقعة التي يتعين إثباتها ، فيكون أمر التثبت من قيامه متروكاً للقاضي ،  
فلا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض ، أما تطبيق هذا العرف بعد أن ثبت قيامه فيخضع لرقابة  
محكمة النقض » .

وعل هذا جرى القضاء المصري<sup>(١)</sup> مقتدياً في ذلك بالقضاء الفرنسي<sup>(٢)</sup>.  
والفقه في فرنسا منقسم في هذه المسألة . فريق يؤيد القضاء الفرنسي لأسباب  
ترجع في الغالب إلى اعتبارات عملية إذ لا يتيسر للقاضي في كثير من الأحوال  
أن يلم بالقانون الأجنبي<sup>(٣)</sup> . وفريق آخر يعارض القضاء الفرنسي ويعتبر تطبيق  
قانون أجنبي مسألة قانون لا مسألة واقع ، لأن القانون لا تحول طبيعته فيصبح  
واقعاً مجرد أن قاضياً أجنبياً يطبقه بمقتضى قاعدة إسناد في قانونه الوطني<sup>(٤)</sup> .  
وهناك من الفقهاء من يرى وجوب اعتبار تطبيق القانون الأجنبي مسألة قانون ،  
ولكنه مع ذلك يقر موقف القضاء الفرنسي للضرورات العملية<sup>(٥)</sup> . والفقه

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن من يسلطه بقانون أجنبي يجب عليه أن يطبقه  
وجهاً ورسى (استئناف مخطط ٩ يولية سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٥٥) . انظر أيضاً حكماً آخر في  
هذا المعنى (استئناف مخطط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٩٧) . وقد جرى قضاءنا  
المخطط - وكان القضاء على نتائج له فرصة تطبيق القوانين الأجنبية قبل استكمال الحاكم الوطني  
لولايتها - في هذا جرى القضاء الفرنسي (قانون الدكتور محمد عبد المنعم رياض في مبادئه  
القانون الدولي الخامس طبعه ثانية فقرة ٤٣٣) . والمستقبل كفيل بمعرفة ما سيجري عليه قضاءنا  
الوطني في هذه المسألة بعد أن استكمل ولايته ، وهل سيحظر حل القضاء المخطط في تقليده  
القضاء الفرنسي ، أو يسير في طريق مستقل مهتدياً بالمبادئ العلمية السليمة .

(٢) انظر محكمة النقض الفرنسية (مؤلف) في ٦ فبراير سنة ١٨٤٣ سيرة ١٨٤٣-١-  
٢٠٩ - حكماً ثانياً في ١٦ مايو سنة ١٨٨٨ دالوز ١٨٨٨-١-٣٠٥ - حكماً ثالثاً (دائرة  
المرافق) في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٩ سيرة ١٩٣٠-١-٤٩ - حكماً رابعاً في ٧ مارس  
سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨-٢٥٨ - حكماً خامساً في ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤  
دالوز ١٩٤٤-١٤٥ - حكماً سادساً في ٢٥ مايو سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٨-٣٥٧ .

(٣) باتلور فقرة ٣٢٣ ص ٣٤٠ - أوربري ورو ١٢ فقرة ٤٧٩ - ديولوب ٢٩  
فقرة ١٨٥ - بودري وهارد ٣ فقرة ٢٠٥٥ - بلانول وديير وهولانجيه ٧ فقرة ١٤٠٩  
ص ٨٣١ - ص ٨٣٢ - بلانول وديير وهولانجيه ٢ فقرة ٢١٦٤ - دي بلانج (الفقه  
البلجيكي) ٣ فقرة ٧٠٩ . وانظر في القانون المقارن رسالة الدكتور محمد صادق فهمي  
ص ٣٤١ - ص ٣٤٨ . وانظر أيضاً نبوايه في مجلة القانون الدولي والتشريع المقارن ١٩٢٨  
فقرة ٦٤ .

(٤) مودى في القواعد العامة في تنازع القوانين ص ٦٩ - بارتان في مبادئه القانون  
الدولي الخامس جزء ١٠ فقرة ١٠٧ - غاري سوجير ٢ فقرة ١١١٠ - غالييري فقرة ٤٣٩ -  
أرمانيون ١ فقرة ١٤١ .

(٥) مارق رسالة من تولوز فقرة ٩٦ - ليربورد وبيجونير في القانون الدولي الخامس  
طبعه الثالثة ص ٢٤٩ .

في مصر متمم اهتمام الفقه في فرنسا (١) .

ونحن ، مع ذلك ، لا نتردد في اعتبار تطبيق أحكام القانون الأجنبي مسألة قانون لا مسألة واقع . فان القاضي ، إذا أمره قانونه الوطني بتطبيق أحكام قانون أجنبي ، وجب أن يعتبر أحكام هذا القانون الأجنبي بالنسبة إلى القضية التي يطبق فيها هذه الأحكام جزءاً من قانونه الوطني . فعليه إذن أن يبحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق في هذه القضية . وله أن يصدر في هذه الأحكام من علمه الشخصي . ولا يجوز له أن يتمتع من تطبيق أحكام القانون الأجنبي بدعوى عدم إمكان الاعتناء إليها ، وإلا عد امتناعه نكولاً عن أداء العدالة (doni de justice) . بل ويكون في تطبيقه لأحكام القانون الأجنبي ، كما هو في تطبيقه لقاعدة الاستناد التي أمرته بتطبيق هذه الأحكام ، خاضعاً لرقابة محكمة النقض . وتفسر هذه المحكمة القانون الأجنبي ، لا طبقاً لآراءها الشخصية ، بل وفقاً لما تفسره به محاكم البلد الذي ينسب إليه هذا القانون وبخاصة المحكمة العليا منها . ونحن إنما نذهب إلى هذا الرأي لأنه لا يصح أن تتغير طبيعة القانون فيصبح واقعاً ، سواء كان هذا القانون قانوناً وطنياً أو كان

---

(١) أكثر الفقه في مصر على أن تطبيق القانون الأجنبي يعتبر مسألة من مسائل القانون ، نصريحاً (الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٩ - ص ٣٠) ويذهب إلى وجوب اعتبار تطبيق القانون الأجنبي مسألة من مسائل القانون وقد تكون معاونة الخصم في بيان حكم القانون الأجنبي لازمة من الناحية العملية ، ولكن هذا لا يزيل بالقانون الأجنبي إلى مستوى الواقعة ، ثم انه إذا كان القانون الوطني يقضي بتطبيق القانون الأجنبي على نزاع معين ، فإن هذا يقتضي تطبيقه على الوجه الصحيح وذلك بأن تكون مخالفته والخطأ في تفسيره محل رقابة من محكمة النقض . أما الصعوبة المزعومة في الإلمام بالقانون الأجنبي فلم يدها وجوده بعد ما نراه اليوم بين مختلف الدول من صلات طيبة ساعدت على تبادل المجموعات القانونية والقضائية والمؤلفات الفقهية بصورة شاملة . انظر أيضاً نفس المؤلف ص ٢٧ - ص ٢٨ فيما جرى عليه العمل في هذه المسألة في إنجلترا وألمانيا وسويسرا وإيطاليا) ، أو تليحاً (الدكتور محمد عبد المنعم رياض في مبادئ القانون الدولي الخاص طبعة ثانية فقرة ٤٣٢ - فقرة ٤٣٣ - الدكتور حامد زكي في القانون الدولي الخاص المصري طبعة أول فقرة ١٦٧ - فقرة ١٦٨ - الأستاذ أحمد نشأت رسالة الإثبات فقرة ٢٠ - الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات في المواد المدنية فقرة ١٩ ص ١٨) - والقليل يذهب إلى أن تطبيق القانون الأجنبي يعتبر مسألة من مسائل الواقع (الدكتور عبد السلام ذهني في نظرية الإثبات ١ ص ٩٤ - وبخاصة الأستاذ عبد الباقط جيبى ص ٥٥ - ص ٥٧ ويذهب إلى اعتبار القانون الأجنبي واقعة، إذ أن القاضي لا يقرض =

قانوناً أجنبياً بأمر القانون الوطني بتطبيقه فيصبح جزءاً منه في حدود هذا التطبيق .  
والذي دعا إلى القول بنزول مرتبة القانون الأجنبي إلى حد أن يكون واقعاً  
لاقانوناً أمراً . ( الأمر الأول ) يرجع إلى التاريخ . فقد كان القانون الأجنبي  
في الماضي لا يعمل معاملة القانون الوطني . وإذا أجزت تطبيقه فعل اعتبار أنه  
واقع لا قانون . فلا يفترض العلم به ، ولا يبحث القاضي عن أحكامه من تلقاء  
نفسه بل يجب على الخصم إثباتها ، ولا يخضع القاضي في تطبيقه هذه الأحكام  
لرقابة محكمة النقض ، وإذا امتنع عن تطبيقه لم يعد ناكلاً عن أداء المصلحة .  
وكان هذا يرجع إلى نظرية حقيقة تقول بأن القانون الأجنبي إنما يطبق على سبيل  
المعاملة الدولية ( *ex comitato gentium* ) وقد هجرت هذه النظرية هجراً  
تاماً وحفا عليها الزمن ، فقيم الإبقاء على بعض آثارها والأصرار على عدم رد  
اعتبار القانون الأجنبي <sup>(١)</sup> . ( والأمر الثاني ) يرجع إلى العمل . فقد يصعب  
في بعض الأحوال أن يتولى القاضي من تلقاء نفسه إلى أحكام القانون الأجنبي ،  
ومن ثم كان تكليف الخصم بإثبات هذه الأحكام تيسيراً لمهمته . ولكن هذه  
الحجة لا تصلح سبباً لتفسير طبيعة القانون . حل أن مهمة القاضي في هذا الصدد ،  
بعد انتشار العلم بالقوانين الأجنبية وازدياد المراجع التي يمكن الانتفاع بها في  
تحصيل هذا العلم ، لم تصبح من السر على ما كانت منه في الماضي . وبعد ،  
فلا يوجد ما يمنع القاضي من الاستعانة بالخصم صاحب المصلحة في الاهتمام  
إلى أحكام القانون الأجنبي ، ومصلحة الخصم أكبر دافع له في ذلك ، حل أن  
يبقى القاضي هو صاحب القول الفصل في التعرف على أحكام القانون الأجنبي ،

---

فيه حل قانون غير دولته فهو ليس أداة إلا لدولته . ولا يفترض بأن قانون دولته أمره بتطبيق  
قانون أجنبي فقد أمره أيضاً بتطبيق قانون العقد والعقد واقع . ولكن القانون الأجنبي واقع  
عام من الزمات التي يمكن أن تكون عملاً لمصلحة ، فلا جناح على القاضي أن يبحث عنها  
إن شاء ، ولا عليه أيضاً إن أجرى في شأنها عليه الشخص ولا يكون قضاؤه فيها بطله عمل وطن  
ما دام عليه مطابقاً للحقيقة . لأن لم يسلط القاضي إلى نتائج بحثه واجب على الخصم إثباته ،  
لأن لم يستطيعوا جاز له أن يعتبر هذه سالة من الحالات التي لا يوجد فيها نص تقريري وقد يرى  
تطبيق القانون المصري على أساس أن هذا هو ما تقتضيه به العدالة .

(١) بارتان حل أوبري دور جزء ١٢ طبعه خامسة فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٢ مكر ٤ —  
انظر أيضاً بيدان وريو ٩ فقرة ١١٤٣ .



خاصة في ذلك لرقابة محكمة النقض<sup>(١)</sup>

## ب - للشروط الواجب توافرها في عمل الاتبات :

٣٩ - طائفتان من الشروط : والواقعة المراد إثباتها يجب أن تتوافر فيها حلة من الشروط ، يمكن تقسيمها إلى طائفتين : (١) طائفة من الشروط بدايتها تنفي عن الإطالة فيها ، وهي أن تكون الواقعة محددة (déterminée) وغير مستحيلة (possible) وغير معترف بها (contestée) . (٢) وطائفة أخرى نصت عليها المادة ١٥٦ من نقتين المرافعات الجديد على الوجه الآتي : ويجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ، متبعة فيها ، جازاً قبولها .

٤٠ - شروط برهنة : أما أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة فهذا بدسهي ، فالواقعة غير المحددة لا يستطيع إثباتها . ولو أن شخصاً طالب بدسهي أو ملكية وأسس دعواه على عقد لم يحدد ماهيته ، أو بيع أو صلح أو قسمة أو غير ذلك من العقود التي يصبح أن تكون مصدراً للدين أو سبباً للملكية ، فإن الواقعة التي يريد إثباتها لا تكون محددة تحديداً كافياً ، فلا يصح البساح بإثباتها إلا بعد أن تحدد . وكون الواقعة محددة تحديداً كافياً مسألة موضوعية تخضع لرقابة محكمة النقض<sup>(٢)</sup> .

وأما أن تكون الواقعة المراد إثباتها غير مستحيلة ، فهذا أيضاً بدسهي ،

---

(١) وقد نظم المجمع العلمي لقانون الدول الإجراءات التي يسطيع بها القاضي معرفة أحكام القوانين الأجنبية وذلك بواسطة الطرق السياسية (الكتور عبد الحميد أبو حيف في القانون الدولي الخامس لفقرة ٢٠٢) .

وفي القانون الإنجليزي تفترض مطابقة القانون الأجنبي لقانون المحكمة ، إلا إذا ادعى الخصوم غير ذلك وأثبتوا ما ادعوه . وفي هذا تفسير محل على القاضي فيما إذا صبر من الاعتداء إلى أحكام القانون الأجنبي . وشيخه بذلك ما ورد في المشروع التمهيدى لقنن المدف (وقد حلف النص في المشروع النهائي) من أنه «في جميع الحالات التي يستلزم فيها أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق يلقى القانون المصري ، إذا كان وجود القانون الأجنبي أو مدلوله غير ممكن لإثباته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٣١٤ - ص ٣١٥) .

(٢) انظر في الواقعة المحددة في القوانين والتشريعات المختلفة رسالة الدكتور محمد صادق نصي في الإثبات ص ٢١٣ - ص ٣٥٨ .

فالمستحيل لا يصبح عقلاً طلب إثباته . والاستحالة ترجع إلى أحد أمرين : إما استحالة التصديق عقلاً وإما استحالة الإثبات . فالأولى كالأعمى يدعى أنه رأى هلال ومضان ، وللتجيم يدعى أنه أوتى علم الغيب ولا يعلم الغيب إلا الله ، ويجوهل القسب يدعى بنوته إلى من لا يكبره في السن . والثانية ترجع إلى أن الواقعة المراد لإثباتها هي في ذاتها قابلة للتصديق عقلاً ولكن لا سبيل إلى إثباتها ، كمن يدعى واقعة مطلقة بأن يقول أنه لم يكذب قط أو أنه يؤدي فريضة الصلاة طوال حياته . فهاتان واقعتان إحداها سلبية والأخرى إيجابية ، وكلتاهما واقعة مطلقة هي متصورة التصديق ولكن لإثباتها مستحيل ، فلا يجوز قبولها واقعة للإثبات . ولا يرجع ذلك إلا إلى أن الواقعة مطلقة أي خالية من التحديد . ومن ثم زى أن استحالة الإثبات تتلاقى مع عدم التحديد ، ويصبحان شرطاً واحداً . فالواقعة يجب أن تكون محددة كما قلنا ، فان لم تكن محددة لا يجوز قبولها للإثبات ، لأنها غير محددة فحسب ، بل لأنها أيضاً يستحيل إثباتها . ومن ثم زى أيضاً أن استحالة الإثبات ترجع إلى عدم تحديد الواقعة لا إلى أنها واقعة سلبية . فالواقعة السلبية المحددة - كالواقعة الإيجابية المحددة - لا يستحيل إثباتها ، فيجوز قبولها للإثبات . مثل ذلك شخص يطالب آخر برد غير المستحق ويثبت أنه لم يكن مديناً بما دفعه للمدعى عليه ، فهنا الواقعة السلبية محددة ، وهي عدم المديونية في دين معين ، وما على المدعى إلا أن يثبت أن هذا الدين الذي دفعه مصلوه عقد باطل أو عقد قد فسخ أو أن الدين قد سبق الوفاء به أو نحو ذلك<sup>(١)</sup>

(١) وقد قضت محكمة النقض الدائرة المدنية بأن الإصدار هو حالة قانونية تستفاد من أن أموال الشخص ليست كافية للوفاء بديونه المستحقة عليه . وهو بهذا المعنى لا يقوم على نفي سطق يتصور إثباته ، بل يقوم على أمر واقع له علاماته التي تشهد عليه . عل أن المقرر في الإثبات أنه إذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منضبطة التي كان على مدعيها إثبات غلائها متى أمكنه تحويلها إلى قضية موجبة . فإذا لم يكن ذلك ممكناً أو كانت الواقعة غير منضبطة التي ، فإن مدعيها يعتبر عاجزاً عن إثبات دعواه . وعلى ذلك فلا مخالفة لقواعد الإثبات إذا اعتبر الحكم المنشوع منه عاجزاً عن إثبات إصدار الشفع لأنه لم يتم دليلاً على هذا الإصدار ( ٣١ يناير سنة ١٩٢٦ مجوعة عمر ٥ رقم ٣٢ ص ٨٠ ) . ويؤخذ من هذا الحكم أن الواقعة السلبية ، حتى لو لم يمكن تحويلها إلى قضية موجبة أو كانت واقعة غير منضبطة التي ، لا يمتنع مدعيها من عبء الإثبات بل يعتبر عاجزاً عن إثبات دعواه .

هذا وكون الواقعة المراد إثباتها مستحيلة التصور عقلاً أو مستحيلة الإثبات ضالقة موضوعية ، ولكن محكمة التقض تستطيع أن تنفذ إلى بسط قلم من الرقابة من طريق القصور في التسيب .

ويجب أخيراً أن تكون الواقعة المراد إثباتها غير معترف بها . وهذا أيضاً شرط بدئى ، إذ لا محل لإثبات واقعة معترف بها . فالاعتراف إقرار ، والإقرار كما سنرى إعفاء من الإثبات ، فتكون الواقعة محل الادعاء قد أعفى مدعيها

---

«وجهه في الموجز المؤلف (ص ١٥٠) في هذا الصدد ما يلى : «ولا هم أن تكون الواقعة التي يتسلك بها إيجابية أو سلبية فقد تكون الواقعة سلبية ولكنها محددة تحديداً كلياً فتكون قابلة للإثبات . مثل ذلك أن يثبت الدائن أن المدين الملتزم بحراسة شيء معين لم يتم بحراسته ، وعدم القيام بالحراسة واقعة سلبية ، ولكن الدائن يستطيع إثبات هذه الواقعة عن طريق إثبات واقعة إيجابية ، بأن يثبت مطلقاً أن المدين كان في جهة أخرى في الوقت الذي كان ينبغي أن يكون موجوداً بجانب الشيء لحراسته — وقد تكون إيجابية ولكنها غير محددة فلا تكون قابلة للإثبات» .

وأشار بودرى وبارد إلى أن السبب في الخطأ الذي شاع من أن الواقعة السلبية لا يجوز إثباتها يرجع إلى نص في القانون الرومانى أساء المحشون (glossateurs) في الصور الوسطى فهمه . فإن هذا النص يقضى بأن عبء الإثبات يقع على من يدعى لاجل من ينكر (Et incumbit probatio qui dicit, non ei qui negat) . وللهي القى يقع عليه عبء الإثبات قد يدعى واقعة إيجابية أو واقعة سلبية ، وهما المكلف بالإثبات في الحالتين . ففسر المحشون النص بفسوره إلى معنى آخر ، هو أن الدليل على من يثبت (qui dicit) لا على من ينفى (qui negat) ، وذهبوا إلى أن القنى هنا معناه الواقعة السلبية ، ومن ثم لا تكون الواقعة السلبية جائزة الإثبات (بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٥ - فقرة ٢٠٦٦ - انظر أيضاً : تولى ٨ فقرة ١٦ - فقرة ١٩ - ديرانتون ١٣ فقرة ٢ - ديمولوب ٢٩ فقرة ١٩٢ - فقرة ١٩٣ - لوران ١٩ فقرة ٩٥ - كولان وكابيتان ولامور اندير ٢ فقرة ٧١٩ ص ٤٨٦ - ص ٤٨٧ - بلانول وديير وبولنجيه ٢ فقرة ٢١٦٨ - الأستاذ عبد الباسط جيسى ص ٤٩ - ص ٥٢) .

ويلاحظ على كل حال أن القاضى في إثبات الوقائع السلبية لا يتطلب دليلاً في قوة الدليل القنى يتطلبه في إثبات الوقائع الإيجابية (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ وهامش رقم ١٨ - بلانول وديير وجابوله ٧ فقرة ١٤١٩ ص ٨٤٥) .

وانظر رسالة الدكتور محمد صادق فهمى في الإثبات (في الواقعة السلبية ص ٢١١ - ص ٢٢٢ وفي الواقعة المستحيلة ص ٢٩٣ - ص ٣٠٤) .

وانظر في التمهدة على القنى في الفقه الإسلامى الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء ص ٢١ - ص ٢٨ .

من إثباتها فأصبحت بذلك ثابتة<sup>(١)</sup>. لذلك يكون الأصح القول إن الواقعة المعترف بها قد أصبحت ثابتة ، لا أنها واقعة غير قابلة للإثبات . ويتضح الفرق بين القولين في أن الواقعة المعترف بها لا تصبح ثابتة إلا بالنسبة إلى المقر إذ الإقرار حجة قاصرة عليه ، أما بالنسبة إلى الغير فلم يتم الدليل عليها ومن ثم يصح إثباتها ، ولو كانت غير قابلة للإثبات لما صح ذلك<sup>(٢)</sup>. وغنى عن البيان أن البت في كون الواقعة معترفاً بها مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحنة النقض .

٤١ - شروط أساسية : ونعرض الآن للشروط الأساسية التي وود ذكرها في المادة ١٥٦ من تقنين المرافعات الجديد ، وهي الشروط الثلاثة الآتية :  
(١) أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به (pertinent) . (٢) أن تكون متتجة من الإثبات (concluant) . (٣) أن تكون جائرة الإثبات قانوناً (admissible)<sup>(٣)</sup> .

(١) ولذلك قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن القانون إما يكلف المدعي إقامة الدليل على دعواه ، إلا إذا سلم له خصمه بها أو ببعضها فإنه يمتنع بذلك من إقامة الدليل على ما اعترف به . فإذا اعترف شخص بأن الأرض موضوع النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة ، ولكنه يملكها بالتقادم ، ثم بحثت المحكمة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لهذه الأرض وقضت بعدم كفايتها لإثبات الملكية ، فقد خالفت القانون (٢٣) نوفمبر سنة ١٩٣٣ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ١٥) .

(٢) انظر الموجز ص ٦٥٠ - ص ٦٥١ - والأستاذ عبد الباسط جعيط ص ٤٧ - ص ٤٨ .

(٣) وقد كان تقنين المرافعات القديم ينص على شرطين من هذه الشروط الثلاثة - أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى وأن يكون جائزاً قبولها - في مواضع متفرقة (م ١٥٤/١٧١ - ١٨٦/١٦٥ - ٢٠٠/١٧٧ - ٢٠٣/١٧٨ - ٢٠٤/١٧٩ - ٢٠٧/١٨٢ - ٢٠٧/١٨٢) وذلك في الاستجواب وإيمين والتحقق والطمأن بالزوير . ولكن نص تقنين المرافعات الجديد أكل الناقص من الشروط وجعلها في نص واحد . أما تقنين المرافعات الفرنسي (م ٢٥٣ - ٢٥٤ في التحقيق بالبيئة) فقد ذكر شرطين : أن تكون الواقعة متتجة وجائزة القبول . ويلاحظ أن المسكان الذي يجب أن ينص فيه على هذه الشروط هو التقنين المدني لا تقنين المرافعات ، لأن هذه الشروط من القواعد الموضوعية في الإثبات لا من القواعد الشكلية.

٤٢ - الواقعة متعلقة بالحق المطالب به : إذا كانت الواقعة المراد إثباتها هي ذاتها مصدر الحق المطالب به ، كما إذا تمسك البائع بقصد البيع للمطالبة بالتأخر فيكون عقد البيع هو ذاته مصدر التزام المشتري بالتأخر ، فإن الواقعة في هذه الحالة لا يمكن إلا أن تكون متعلقة بالحق المطالب به وهي في الوقت ذاته متجة في الإثبات . ومن ثم لا يظهر ظهوراً واضحاً أهمية هذين الشرطين - كون الواقعة متعلقة بالحق وكونها متجة في الإثبات - في هذه الحالة وهي حالة الإثبات المباشر (preuve directe) . وإنما تظهر أهميتهما في حالة الإثبات غير المباشر (preuve indirecte) ، إذا انصب الإثبات ، لأعلى الواقعة ذاتها مصدر الحق ، بل على واقعة أخرى قريبة منها . ذلك أن الإثبات غير المباشر يقوم على فكرة تحويل الدليل (déplacement de preuve) من الواقعة الأصلية إذ يتعلمر إثباتها إلى واقعة بديلة هي التي يتيسر فيها الإثبات .

فلا بد في هذه الحالة - حالة الإثبات غير المباشر بتحويل الدليل - أن تكون الواقعة البديلة ، وهي الواقعة المراد إثباتها ، لا قريبة (voisin) من الواقعة الأصلية فحسب ، بل يجب أيضاً أن تكون متصلة (connexe) بها اتصالاً وثيقاً . وهذا الاتصال الوثيق هو الذي يجعل الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به ، إذ أن اتصالها بالواقعة الأصلية التي هي مصدر الحق يجعل إثباتها متعلقاً بإثبات الواقعة الأصلية ، فيصبح إثبات الواقعة البديلة من شأنه أن يجعل إثبات الواقعة الأصلية قريب الاحتمال (١)

مثل ذلك أن يقدم المستأجر محالصات بالأجرة عن جميع المدد السابقة على المدة التي يطالبه المؤجر بأجرتها ، ويرى من وراء ذلك أن يثبت أنه يدفع الأجرة

---

(١) انظر في هذا المسئ هارتان على أدبيري دور جز ١٢ فقرة ٧٤٦ طاسر رقم ١٠ مكرور - بهدان دور ٩ فقرة ١١٤٦ - الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٧ ص ٢٩ - ص ٤٠ .

هذا وفكرة تحويل الدليل (déplacement de preuve) هي التي تقوم عليها القرائن القانونية ، لهذه القرائن تنطوي على تحويل الدليل من واقعة إلى أخرى ويكون ذلك بمقتضى نص في القانون .

بانتظام ولم يخل بالتزامه طوال المدد السابقة . فهذه واقعة متصلة بواقعة الوفاء بالأجرة عن المدد المطلوب بأجرتها ، فهي إذن متعلقة بالدعوى . ولكنها غير منتجة في الإثبات ، لأن دفع الأجرة عن مدد سابقة لا يفيد دفعها عن مدد لاحقة<sup>(١)</sup> . وقد تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة أيضاً في الإثبات ، كأن يقدم المستأجر مخالفات بالأجرة عن مدد لاحقة للمدة التي يطالب المؤجر بأجرتها ، فهذه واقعة ليست هي ذاتها واقعة الوفاء بالأجرة المطالب بها بل هي واقعة متصلة بها فهي متعلقة بالدعوى ، ثم هي منتجة في الإثبات فان التقنين المدني الجديد (م ٥٨٧) يعتبرها قرينة على الوفاء بالأجرة المطالب بها إلا إذا أثبت المؤجر عكس ذلك<sup>(٢)</sup> .

وكون الواقعة متعلقة بالدعوى مسألة ، وضرورية لانخفاض لرقابة محكمة النقض<sup>(٣)</sup> .

### ٤٣- الواقعة منتجة في الإثبات : رأينا في الأمثلة المتقدمة متى تكون

الواقعة متعلقة بالدعوى ومتى تكون منتجة في الإثبات . فالواقعة المتعلقة بالدعوى هي الواقعة البديلة التي يكون إثباتها من شأنه أن يجعل إثبات الواقعة الأصلية غريب الاحتمال . والواقعة المنتجة في الإثبات هي الواقعة البديلة التي يؤدي إثباتها إلى إثبات الواقعة الأصلية . ويتبين من ذلك أن إنتاج الواقعة في الإثبات مرتبة

(١) : ومثل ذلك أيضاً — في القضاء الإنجليزي — أن يقوم تاجر بتوريد بضاعة لأخر ، فيدعي هذا أن التاجر ورد له سلفاً رديتاً ، فيتقدم التاجر لإثبات أن كل عملائه الآخرين الذين اعتاد توريد هذه البضاعة لهم يمتدحون بضاعته . هذه واقعة متعلقة بالدعوى وإن لم تكن منتجة ، فيقبل إثباتها ، لأنها وإن لم تكن حجة إلا أنها تضيف إلى عناصر الإقناع عنصراً جديداً له فائدته ، وقد يؤدي إذا أضيف لعناصر أخرى إلى تكوين مجموعة من القرائن القسائية لصالحه (انظر في هذا المثل الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات ص ٢٨٢ والأستاذ عبد الباسط جيمبي ص ٥٦) .

(٢) أما إذا أراد المستأجر تقديم الدليل على أنه وفي يديهن أخرى غير أنفساط الأجرة للمؤجر ، فهذه واقعة لا تنصل إطلاقاً بواقعة الوفاء بالأجرة ، فتكون لا هي منتجة في الإثبات ولا هي متعلقة بالدعوى ، فلا يجوز قبول إثباتها .

(٣) ويقول الأستاذ عبد الباسط جيمبي (ص ٥٧) إن لمحكمة الموضوع أن ترفض اعتبار الواقعة متعلقة بالدعوى ولو توافقت للفرقان على أنها متعلقة . أما إذا توافقت للفرقان على أنها غير متعلقة ، فلا يسمح القاضي بإثباتها ، لا لأن توافقت الطرفين يجعلها غير متعلقة بالدعوى ، بل لأن حياد القاضي يقتضيه ألا يقبل دليلاً اتفق الخصمان على استبعادها .

أعلى من تعلق الواقعة بالدعوى : فكل واقعة متعلقة بالدعوى لا تكون ضرورية  
منتجة في الإثبات ، ولكن كل واقعة منتجة في الإثبات تكون حتما متعلقة  
بالدعوى . فن طالب عليكية عين وتقدم بواقعة التقادم الطويل سببا لتفليكية ،  
إذا ادعى أنه حاز العين مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة ، فهذه الواقعة منتجة  
في الإثبات ، بل هي الواقعة الأصلية ذاتها ، وهي بالضرورة متعلقة بالدعوى .  
أما إذا ادعى أن حياته للعين كانت لمدة تقل عن خمس عشرة سنة ، فهذه واقعة  
متعلقة بالدعوى ولكنها غير منتجة في الإثبات .

وقد يقال لماذا يشترط في الواقعة هذا الشرطان معاً ، وأحدهما - وهو  
الإنتاج - يستغرق الآخر ، فكذلك يمكن أن يشترط وحده ؟ وهذا صحيح من الناحية  
النظرية . ولكن يحسن ، من الناحية العملية ، فصل الشرطين أحدهما عن الآخر .  
فقد يطلب الخصم إثبات واقعة يتضح من أول وهلة أنها متعلقة بالدعوى .  
فهذا يمكن لقبول إثبات هذه الواقعة قبولاً مبدئياً ، حتى إذا تبين فيما بعد أنها  
غير منتجة في الإثبات رفض القاضي استمرار السير في إثبات الواقعة أو أضاف  
اليها وقائع أخرى تقاسم معها . أما إذا أدمج الشرطان في شرط واحد ، وكان  
لا بد من أن تكون الواقعة منتجة من مبدأ الأمر ، لم يستطع القاضي قبول إثبات  
الواقعة قبولاً مبدئياً ، فيتعطل بذلك طريق الإثبات (١) .

وكون الواقعة منتجة في الإثبات مسألة موضوعية لا تخضع لمراقبة محكمة  
التنقض إلا من حيث قصور التسيب . أما إذا بني عدم الإنتاج في الإثبات على  
أسباب قانونية ، كأن كانت الواقعة المراد إثباتها إنما تنسب إذا سمحت إلى مالك  
البناء لا إلى جارسه والمسترز قانوناً هو الحارس لا المالك ، أصبح الأمر متعلقاً

(١) الأستاذ عبد الباقى جيسى : ص ٥٩ - ح ٦٠ ، ويعلق بأخطائه لذلك دعوى إثبات  
الحالة (م ٢٨٨ مرافعات) ، والدعوى التي ترفع بطلب انتحال المحكمة لعامة معالم واقعة يحصل  
أن تصبح محل نزاع أمام القضاء ، إذا كان ينشئ من زوال هذه المعالم (م ٢٨٧ مرافعات) ،  
والدعوى التي ترفع بطلب سماح فاعله بوشله أن يجوز أن يزعم حقيقة قد لا يفرضه أو لا يعود  
قريباً (م ٢٢٢ مرافعات) ، ورض الدعوى للاستيفاء كحق ينشئ زوال دليله (م ٩ مرافعات) .  
وعقوله أيضاً : إن القاضي يبرهن الوقائع بخبرة أولى فيشتر فيها ما هو متعلق بالدعوى فيبطله في  
وجه الإثبات ، ثم يبرهنها بخبرة ثانية ليسكن فيها ما هو منتج في الإثبات .

مسألة من مسائل القانون مما يخضع لرقابة محكمة النقض<sup>(١)</sup>.

٤٤- الواقعة: جائزة الإثبات قانوناً: ويجب أخيراً أن تكون الواقعة جائزة الإثبات قانوناً. والقانون قد لا يجيز إثبات واقعة تحقيقاً لأغراض مختلفة. ومن هذه الأغراض ما يمت إلى النظام العام والآداب، كالحفاظة على سر المهنة<sup>(٢)</sup>، ونحرّم دين المقامرة والربا الفاحش وبيع المخدرات وعدم جواز إثبات صحة القذف ونحو ذلك<sup>(٣)</sup>. وقد تمت هذه الأغراض إلى الصياغة الفنية، كما هو الأمر في الوقائع التي لم تلد مع قرينة قاطعة قررها القانون. مثل ذلك حجية الأمر المقضي، فلا يجوز إثبات واقعة مخالفة لما هو ثابت في حكم قضائي. ومثل ذلك أيضاً أن يطلب حارس الشيء إثبات أنه لم يرتكب خطأ مع أن القانون يقيم مسؤوليته على خطأ في جانبه مفروض فرضاً غير قابل للإثبات العكس<sup>(٤)</sup>. وكون الواقعة جائزة الإثبات قانوناً مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض،

---

(١) انظر الأستاذ عبد الباسط جيسبي ص ٦١ هامش رقم ٢ والمراجع المشار إليها. وانظر في أن الواقعة يجب أن تكون متجدة (relevant) في القانون الإنجليزي الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات ص ٢٦٤ - ص ٢٨٤.

(٢) تشتمل المواد من ٢٠٦ إلى ٢٠٩ من قننتي المرافعات على سلسلة من القيود في جواز الإدلاء بالشهادة. فنصت المادة ٢٠٦ الموظفين والمستخدمين والمكلفين بخدمة عامة من أن يشهدوا ولو بعد تركهم العمل مما يكون قد وصل إلى علمهم في أثناء قيامهم به من معلومات لم تفسر بالطريق القانوني ولم تأذن السلطة المختصة في إذاعتها. وتمنع المادتان ٢٠٧ و ٢٠٨ من حل من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنته برفقة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به فقط ارتكاب جريمة أو جنحة، وذلك إلا إذا طلب منهم ذلك من أسرها لهم. وتمنع المادة ٢٠٩ أحد الزوجين من أن يفشي بغير رضاه الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انقضاءها، إلا في حالة رفع دعوى من أحدهما على صاحبه أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جريمة أو جنحة وقعت منه على الآخر. ويلاحظ هنا أن المتنوع ليس هو إثبات الواقعة في ذاتها، بل إثبات الواقعة من طريق شهادة شاهد معين، فعدم جواز القبول لا ينصب إذن على الواقعة بل ينصب على الدليل (الدكتور عبد المنعم فرج الصمد، الفقرة ٣٥ ص ٣٨).

(٣) ولكن يجوز أن لا يرد ترتيب أثر قانوني على هذه الوقائع أن يثبت عدم مشروعيتها لأن هذا هو الذي يطلق مع النظام العام والآداب.

(٤) يبدان ويرد ٩ فقرة ١١٧١ - وانظر في جواز إثبات الواقعة قانوناً في القانون الإنجليزي الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات ص ٣٠٥ - ٣١٢.



لأن عدم جواز إثبات الواقعة يرجع دائماً إلى حكم القانون يمنع من هذا الإثبات .  
وهذا بخلاف كون الواقعة مطلقة بالدعوى وكونها منتجة في الإثبات ، فقد رأينا  
أنها في الأصل مسائل موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض<sup>(١)</sup>.

## ثانياً - عبء الإثبات

٤٥ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٨٩ من التقنين المدني على

ما يأتي :

« على المدان إثبات الالتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه<sup>(٢)</sup> » .

(١) والفرق بين كون الواقعة غير منتجة في الإثبات وكونها غير جائزة الإثبات أنها عند ما  
تكون غير منتجة في الإثبات فإن ذلك يرجع إلى شيء في طبيعتها ، إذ الواقعة في ذاتها لا تؤدي  
إلى إثبات المطلوب ، إنما لسبب موضوعي كالحيازة لمدة تقل عن خمس عشرة سنة ، وإما لسبب  
قانوني كالتمريض بسبب انهيار البناء يطلب من مالكة لا من حارسه . والواقعة عند ما تكون  
غير جائزة الإثبات فإن ذلك يرجع لا إلى شيء في طبيعتها ، بل إلى عارضي قانوني يمنع من جواز  
إثباتها ، ولو لم يقم هذا المانع أو لو زال لسكانت الواقعة جائزة الإثبات .

ويمكن أيضاً أن يميز بين عدم جواز قبول الدعوى وعدم جواز قبول الواقعة وعدم جواز  
قبول الدليل ، فالدعوى لا يجوز قبولها لأسباب مرفوعة ، كأن تكون مرفوعة من غير ذي صلة  
أو من غير ذي أهلية . فإذا كانت الدعوى مقبولة وتقدم الخصم بواقعة لإثباتها ، فقد تكون هذه  
الواقعة غير جائزة الإثبات لسبب موضوعي أو لسبب قانوني على النحو الذي قدمناه . فإذا كانت  
الواقعة جائزة الإثبات ، فقد يتطلب القانون لإثباتها دليلاً كتابياً فتكون البينة أو القرائن دليلاً  
غير مقبول ( انظر في هذه المسألة الأستاذ عبد الباسط جبيلى ص ٦٥ - ص ٦٦ ) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق .  
وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ٤٠٢ في المشروع النهائي ، بعد أن ذكرت اللجنة أن  
المقصود بمباراة « إثبات الالتزام » هو إثبات مصدر الالتزام . ثم أقره مجلس النواب دون  
تعديل تحت رقم ٤٠٢ ، فليجئ الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٩ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « وقد اُستحي  
المشروع مثال التفتيشات اللاتينية ، وأخذ بنظام تنفيذ الإثبات ، فبدأ يصيّن من يكلف بإقامة  
الدليل أو إحمال عبءه . وقد قصد من الأعباء هذا النظام إلى انتفاء تحكم القضاء وكفالة حسن سير  
المسلك وتأمين استقرار المعاملات . وكل أولئك من قبيل الاحتمالات العامة التي تنبئ  
لا لتوجيه التنفيذ في حرمه فحسب ، بل وكذلك لتوجيه الأحكام التطبيقية في خصوصياتها ،  
ولا سيما ما تعلق منها بصيّن من يكلف بالإثبات . وترد الأحكام المصلحة بهذا الصيّن إلى قاعدة  
استمرار الوضع القائم أصلاً فالأصل في الإنسان برائة التهمة ، فكل من يدرى التزام غيره ويمسكه  
بذلك بما يتألف هذا الأصل أن يقم الدليل على دعواه . وبمجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٥٠ » .

( م - الوسيط ج ٢ )

وبما قبل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٧٨/٢١٤ (١) - وفي  
التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البعثات السوري لا شيء (٢) ،  
وفي التقنين المدني العراقي المواد من ٤٤٤ إلى ٤٤٨ ، وفي تقنين الموجبات والقواعد  
البيئانية المادة ٣٧٦ ، وفي التقنين المدني للمملكة العربية المتحدة المادة ٣٧٦ (٣) -

(١) كانت المادة ٢٧٨/٢١٤ من التقنين المدني السابق تنص على ما يأتي : « على المدين إثبات دية ، وعلى المدين إثبات برائه من الدين » . وهذا النص يطلق في الحكم مع نص  
التقنين الجديد .

(٢) جمعت قواعد الإثبات الموضوعية وإجراءاتها الشكلية ، في سورية ، في قانون واحد  
صدر في ١٠ حزيران (يونية) ١٩٤٧ ومسمى « قانون البعثات في الخواد المدنية وتجزئية » .  
ولا يتضمن هذا القانون نصاً يقابل نص المادة ٣٨٩ من التقنين المدني المصري . ولكن الباب  
الأول منه يتضمن قواعد كلية في الإثبات ، من نحو ما نحن بصدد . نصت المادة الأولى على أن  
« تقسم البعثات إلى : ١ - الأدلة الكتابية ٢ - الشهادة ٣ - القرائن ٤ - الإقرار  
٥ - الزمائم ٦ - المعاينة والخبرة » . ونصت المادة الثانية من أن « نهي القاضي أن يحكم بحقه  
القضائي » . ونصت المادة الثالثة على أنه « يجب أن تسكون الوقائع التي يراد إثباتها منطقية  
بالدليل وتتجسد في الإثبات وجازئاً قهرها » .

(٣) تنص على التقنين المدني العراقي : م ٤٤٨ - الأصل برائة المنة . م ٤٤٥ - التبعين  
لا يزول بالثبوت . م ٤٤٦ - يضاف الحادث إلى التبعين أوقاتاً . م ٤٤٧ - ١ - الأصل بقاء  
ما كان على ما كان ، والأصل في الصفات العارضة عدم . ٢ - وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ،  
ما لم يوجد دليل على خلافه . م ٤٤٨ - ١ - البينة على من ادعى واليمين على من أنكر  
٢ - والمعي هو من يتسلك بخلاف الظاهر ، والمنكر هو من يتسلك بإبقاء الأصل .

نصوص تقنين الموجبات والبعثات البيئانية ، وضعت قواعد الإثبات الموضوعية وإجراءاتها  
الشكلية جميعاً ، في لبنان ، في تقنين أصول المحاكمات المدنية (قانون المرافعات) ، ولم يتضمن هذا  
التقنين نصاً يقابل المادة ٣٨٩ من التقنين المدني المصري . غير أن تقنين الموجبات والبعثات البيئانية  
تضمن هذا النص ، فنصت المادة ٣٧٦ من هذا التقنين بأن من يدعي أنه سائق يجب عليه إثبات  
حقه ، فإذا ما تم هذا الإثبات كان على من يدعي أن التزامه قد انقضى أن يثبت سلف بداهة .  
نصوص التقنين المدني للمملكة العربية المتحدة : م ٣٧٦ - على الدائن إثبات الالتزام ،  
وعلى المدين إثبات القسط من (مطالبة المادة ٣٨٩ من التقنين المدني المصري) .

وعلم من انظر إلى هذه النصوص أن التقنينات المدنية لقواعد العربية في هذه المسألة تسلك  
تسلك واحدة . النص التقنين المصري يطبقه نص نصين السوي . ويؤكد ببقائه نص تقنين  
البيئانية . أما التقنين العراقي فقد أورد له مبرراً جيداً أعلاه عن الجيلة ، وهي تلخص في  
أمرين : (١) أن البينة على من ادعى والمعي هو من يتسلك بخلاف الظاهر (٢) واليمين على من  
أنكر . والمنكر هو من يتسلك بخلاف الأصل . (٣) للأصل هو برائة المنة وبقيدها كان على  
ما كان . وطبقاً لذلك يكون الأصل في الصفات العارضة هو عدم ، ولا يزول البعثات بالثبوت .  
ويضاف الحادث إلى التبعين أوقاتاً . وما ثبت بزمان يحكم ببقائه . ما لم يوجد دليل على خلافه .

وفي التفتين المدنى الفرنسى المادة ١٣١٥ (٣).

٤٦ - أهمية تعيين من يحمل عبء الإثبات من الخصمين : أول تنظيم لقواعد الإثبات يتصل بتعيين من من الخصمين يحمل عبء الإثبات ، أى من منهما يكلف بالإثبات دون الآخر . وتعيين من يحمل عبء الإثبات من الخصمين يكاد يتوقف عليه ، فى كثير من الأحوال ، مصير الدعوى من الناحية العملية . فقد يكون الحق مترواحاً بينهما ، لا يستطيع أى منهما أن يثبت أن يفيقه ، فإلقاء عبء الإثبات على أحدهما معناه حكم عليه أو حكم لخصمه (٢) .

فيبحثنا إذن أن نبين من يحمل عبء الإثبات . وهذه مسألة لها ناحيتان : ناحية المبدأ وناحية التطبيق .

### ١ - عبء الإثبات من ناحية المبدأ :

٤٧ - البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر : من المبادئ المقررة فى الفقه الإسلامى أن البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر (٣) . وفى

معه هذه المبادئ كلها تنطبق مع المبادئ التى ستقرها فى القانون المصرى . فالتالى ستقره فى هذا الصدد يصلح إذن أن يكون مبادئ مقررة فى التفتينات العربية المختلفة التى قدما نصوصها .

(١) ونقل فى قسم الإثبات من هذا الكتاب نصوص التفتين المدنى الفرنسى الذى ينقلب أن تكون هى الأصل الذى أخذت منه نصوص التفتين المدنى المصرى الجديد فى الإثبات . وهذا هو نص المادة ١٣١٥ من التفتين الفرنسى : "من يطلب بتنفيذ التزام يجب عليه إثباته . كذلك من يدعى التخلص من التزامه يجب عليه أن يثبت إقراضه به أو أن يثبت الرقابة التى أدت إلى انقضاءه" .

"Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation" .

(٢) الموجز المأثور من ٦٥٧ - مستثنى من الخط ١٣ بتاريخ سنة ١٩٠٢م .

من ٨٨ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٢م - ٤٤ من ٢٢ .

(٣) عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لو يظن الناس بدعوائهم لأدعى أناس مداد رجال وأفراقهم ، ولكن البيئة على المدعى " . رواه البخارى ومسلم . والبيئة : يستلزمها " البيئة على المدعى واليمين على من أنكره " . (طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ١٦) .

القانون المصري وسائر القوانين الحديثة توجد القاعدة ذاتها ، فالمدعى هو الذى يحصل فى الأصل عبء الإثبات ، سواء كان دائماً يدعى ثبوت الدائنية أو منفيها يدعى التخلص من المديونية كما تقول المادة ٣٨٩ .

ولكن يبقى أن نحدد على وجه الدقة من هو المدعى .

هو أولاً من يرفع الدعوى على الغير يطالبه بحق معين . فهو مدعى فى دعواه هذه ، وعليه عبء إثبات ما يدعيه . فلما أن شخصاً طالب آخر بمبلغ معين ، فله أن يثبت مديونية المدعى عليه بهذا المبلغ له ، بأن يثبت مصدر الدين ، تصرفاً قانونياً كقصد قرضى أو عقد بيع أو واقعة قانونية كعمل غير مشروع أو إرثا بلا سبب . ولو طالب شخص آخر بملكية عين فى حيازة هذا الآخر ، فعلى للمدعى أن يثبت سبب ملكيته لهذه العين ، تصرفاً قانونياً كوصية أو عقد بيع أو واقعة قانونية كإرث أو شفعة .

---

وهو يقول الأستاذان بيدان وبرو ( جزء تاسع لفرة ١١٥٩ ص ٢٣١ طبعى رقم ١ ) إن القاعدة التى تقضى بأن البينة على المدعى ليست ، كما قد يفهم ، من القواعد التى كانت مقررة فى كل المصور . فهو لم تظهر فى القانون الرومان إلا منذ عهد البريطور *procurator* يسمى مجرد الحيازة ليسى لرفع الظاهر ، وعندئذ أتى عبء الإثبات على من يدعى خلاف الظاهر . أما فى القانون الفرنسى القديم ، فقد كانت القواعد القديمة تجعل عبء الإثبات على المدعى عليه لا على المدعى ، وإن كان ذلك يدرأ غريباً ، وطالب بسبب النسبة الجنائية للدعوى فى القديم ، مما نزل بوضع المدعى عليه دون وضع المدعى . بل إن هناك من الوثائق ، التى ترجع إلى ما قبل المصور قورسلى ، ما يثبت أن دعوى الاستحقاق التى يكلف فيها المدعى بإثبات ملكية لم تكن ترفع ، وفقاً لهذه القواعد القديمة ، إلا ضد المالك بسوء نية أو المالك ضد القانون ، ما يحصل على القدر بأن المالك هو الذى كان عليه أن يثبت أن حيازته مشروعة . ولم تظهر القاعدة التى تقضى بأن البينة على المدعى فى القانون الفرنسى القديم إلا تدريجاً فى المصور قورسلى ، تحت أثر إحياء القانون الرومان وبفضل القانون الكنسى بوجه خاص ( انظر فى ذلك رسالة تتييه *Thibaut* فى نظرية عبء الإثبات ليون سنة ١٩٢١ ص ١١ وما بعدها ) . ويأتى الأستاذان بيدان وبرو إلى القول بأن من الخطأ حساب القاعدة التى تقضى بأن البينة على المدعى من القواعد التى تحملها القواعد وتقتضى بها طبيعة الأشياء ، فإن الواقع من الأمر أن هذه القاعدة لم تظهر إلا بعد أن نظم القضاء نظماً عاماً وإلا بعد أن برز المبدأ الذى يقضى بمسئولية الأضرار للقائمة .

ولعل ذلك يكشف عما لهذه الإطلاس من فضل للقديم ، فقد قرر هذه القاعدة منذ البداية فى عصر لم تكن فيه معروفة فى أوروبا .

ولكن ليس من الضروري أن يكون المدعى هو من رفع الدعوى . فقد يدفع المدعى عليه الدعوى بدفع فيصبح مدعياً في هذا الدفع ، وعليه هو يقع عبء إثباته . ففى الأمثلة المتقدمة قد يدفع المدين بأنه وفى دينه ، فعليه إثبات هذا الوفاء . وقد يدفع الحائز للعين بأنه ملكها بالتقادم ، فعليه إثبات ذلك (١) .  
 فيمكن إذن لأول وهلة أن نقول إن من يحمل عبء الإثبات هو المدعى فى الدعوى والمدعى عليه فى الدفع ، فكلهما مدع فى دعواه (٢) . actor incumbit probatio. Reus in exceptione actor est

(١) ويأتى بودرى وبارد بمثل بين فيه كيف يتناوب المدعى والمدعى عليه عبء الإثبات : يطالب المودع بالوديعة وعليه عبء إثباتها ، فيدفع المدعى عليه بأنها طمست بقوة قاهرة وعليه عبء إثبات الهلاك ، فيدفع المدعى بأن هذا الهلاك غير مبرر. لفحة المدعى عليه لأنه كان مطعواً (mis en demeure) وعلى المدعى إثبات الإعذار ، فيدفع المدعى عليه بأن ذمة قد برئت بالرغم من الإعذار لأن الوديعة كانت لابد تترك بالقوة القاهرة حتى لو كانت قد سلمت للمودع وعلى المدعى عليه هنا عبء الإثبات (بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٣) .

وبين الفقيهان خطأ ما جرى عليه القضاء الفرنسى فى عقد التأمين على الحياة ، عندما تشترط شركة التأمين لاستحقاق قيمة التأمين ألا يكون المؤمن عليه قد انتحر ما لم يكن الانتحار نتيجة لظهوره بأن كان مجنوناً . فالقضاء الفرنسى يلقى عبء إثبات الانتحار وعبء إثبات عدم الجنون كليهما على شركة التأمين (نقض فرنسى ٣ أغسطس سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٩-٥-٢٩٥- استئناف ليون ١٧ فبراير سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢-٢-٤٦- استئناف باريس ١٦ يولية سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣-٢-٢٢٣) . ويقول الفقيهان إن شركة التأمين تحمل عبء إثبات الانتحار ، وعلى ورقة المنتصر عبء إثبات جنون مورثهم . وقد اضطرت شركات التأمين - لنقض هذا القضاء ، أن تشترط صراحة فى عقود التأمين تحميل عبء إثبات الجنون للورقة (بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٤- انظر أيضاً الدكتور عبد السلام خضفى فى الأدلة جزء أول ص ١٠٥ ص ١٠٩) .

وهذا ما جرت به المائدة ٧٥٦ من المقتضى المصرى ، فقد نصت الفقرتان الأوليان منها على ما يأتى : ١٥ - تبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين إذا انتحر المؤمن على حياته . ومع ذلك يلتزم المؤمن أن يدفع لمن يقول إنهم الحق مبلغاً يساوى قيمة احتياطي التأمين - ٢ - فإذا كان سبب الانتحار مرضاً أفتقه المريض إرادته ، بقى التزام المؤمن قائماً بأ كله . وعلى المؤمن إثبات أن المؤمن على حياته مات منتحراً ، وعلى المستفيد أن يثبت أن المؤمن على حياته كان وقت انتحاره فاقه الإرادة .

(٢) وقد نصت محكمة النقض بأن المنكر المبنى من الإثبات هو من ينكر الدعوى إنكاراً مجرداً ، فلا يجيب عليها بنكر الإنكار . أما من أجاب على الدعوى بدفعها ، فإنه يصير بذلك مدعياً طالباً بأن يقيم الدليل على ما يدعيه . وعلى ذلك يكون الدفع بإعصار الشئع ادعاء من المثبرى ، وهو المطالب بأن يقدم الدليل عليه (نقض مدعى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة ص ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠) - ونصت محكمة النقض أيضاً بأن صاحب الدفع هو المكلف بإثبات دفعه ، =

٤٨ - **البينة على من يدعى** يعرف المصل : ولكن هذه القاعدة تحول بساطها دون مواجهة الصعوبات التي تعرض في العمل . فقد يقع أن المدعى ، حتى في الدعوى التي رفعها ، لا يكلف بالإثبات ، بل يكلف به خصمه وفقاً لطبيعة وضع كل منهما . فن رفع دعوى على جاره يطالبه بسد مظل لا يكلف - وهو المدعى في الدعوى - بإثبات أن جاره فتح المظل دون أن يكون له حق ارتفاق ، بل الجار - وهو المدعى عليه - هو الذي عليه أن يثبت أن له حق ارتفاق يميز فتح المظل . في هذا التل يقع عبء الإثبات على المدعى عليه لا على المدعى ، لأن طبيعة الوضع تقضي بخلو العقار من حقوق الارتفاق حتى يثبت ذو المصلحة عكس ذلك .

ومن ثم فإن القول بأن المدعى هو الذي يجعل عبء الإثبات لا يستقيم في جميع الفروض ، فوجب إذن البحث عن قاعدة تكون أكثر انضباطاً<sup>(١)</sup> . وقد وضعت قاعدة في هذا الصدد من شقين ، تستجيب لطابع الأشياء . فقبل إن من يتسكك بالثابت أصلاً لا يكلف بإثباته ، أما من يدعي خلاف الأصل فعليه هو يقع عبء إثبات مايدعيه (Onus probandi incumbit ei qui dicit) . ذلك

= كما أن المدعى هو المكلف بإقامة الدليل على دعواه . فإذا دفع المدين بأنه من صفار الزرع فلا يجوز توقيع الجزاء على ملكه ، كان عليه إثبات هذا الدفع . ذلك هو حكم القانون المدني ، كما أنه حكم المادة الأولى من القانون رقم ١٩١٣ الخاص بصمم جواز توقيع الجزاء على الأملاك الزراعية الصغيرة ، فإن هذه المادة بعد أن نصت على أنه « لا يجوز توقيع الجزاء على الأملاك الزراعية التي يملكها لزراعتين ليس لهم من الأطنان إلا حصة أقدنة أو أقل . . . » قد أضافت أنه « ليس للمدين أن يتنازل عن التمسك بهذا المظهر ، بل يجب عليه التمسك به لغاية وقت صدور حكم نزع الملكية على الأكثر ، وإلا سقط حقه فيه . وتمسكه بالمظهر مقتضاه أن يحول هو إثبات موجهه ، أي إثبات أنه زارع وأنه لا يملك أكثر من حصة أقدنة وأنه كان كطاه وقت نفوذ المدين . فإذا نصت المحكمة بقبول الدفع بعدم جواز الجزاء يتنازل عن كل الدلائل - مع عدم إنكاره أن المدين يملك أقل من حصة أقدنة - لم يقدم مايبطل أن المدين كان ، وقت نشوء المدين ، يملك أكثر من ذلك القدر ، فإنها تكون قد عالجت قواعد الإثبات (نفس صف ٣ بتاريخ سنة ١٩١٩ مجموعة عدد ٥ رقم ٢٠ ص ٢٩) .

(١) وقد أريد بهذا السبب توسيع دائرة مفهوم لفظ «المدعى» . فقبل المدعى هو من يروم إثبات أمر عن طريق إثبات أمر جلي . وقبل المدعى من إذا ترك ترك ، أي من إذا ترك التصديرة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب أجبر عليه (الاستاذ نقلاً في الإثبات ١ لقرة ٤٠٤) .

أن من يتمسك بملكيته أصلاً ، وإن كان من الجائز ألا يكون على حق من ناحية الواقع والمالكة . إلا أن من ناحية القانون ومن أجل استقرار التعامل يجب أن يحمى ، فيترك على الأصل دون أن يتكلف عنه أي إثبات (١) . وهذا هو الشق الأول من القاعدة . أما من يدعى بخلاف الأصل فهو يستحجب جديداً لا يدعمه قرينة بقاء الأصل على أصله ، فعليه أن يثبت هذا الجديد حتى يتمتع بحماية القانون . وهذا هو الشق الثاني (٢) .

#### ٤٩ - في نطاق الحقوق الشخصية الأصل هو براءة الذمة : وفي نطاق

الحقوق الشخصية الأصل هو براءة الذمة من كل التزام . فمن يتمسك بالأصل لإثبات عليه . ومن يدعى بخلاف الأصل ، بأن يدعى ديناً في ذمة الغير قبله ، عليه أن يثبت مصدر هذا الدين (٣) . فمن ادعى أنه أقرض آخر مبلغاً من المال عليه أن يثبت عقد القرض . ومن طالب آخر بضمن مبيع عليه أن يثبت عقد البيع . والشريك الذي يطالب شريكه بنصيبه في الخسارة عليه أن يثبت عقد الشركة وأن يثبت مقدار الخسارة التي لحقتها (٤) .

(١) وهنا يرى الفقه الإسلامي أيضاً يستجيب لهذا المبدأ . فمن قاعدة المقررة أن الأصل براءة الذمة ، وأن الخلو يضاف إليه اقرب أوقاته . وأن الأصل بقاء ما كان على ما كانه ، وأن الأصل في الصفات الملوحة عدم . وأن ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه . وأن المنكر هو من يتمسك ببقاء الأصل . وقد رأينا أن هذه نصوص نقلها الفقهاء من المذاهب عن العراقي عن الحنابلة .

(٢) ماركاديه ١٣١٥ م ٩ - فقرة ١ - لا رومبيير ١٣١٥ م ١٦ - ديموالمب ٢٩ فقرة ١٨٧ - لوران ١٩ - فقرة ٩٦ - هيك ٨ فقرة ٢١٨ - بودري وبازو ٣ فقرة ٢٥٩ .

(٣) بودري وبازو ٣ فقرة ٢٥٦ م ٢٢١ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ادعى شخص أن آخر شاركه في استعجار لميائن وأن الإجارة انتهت بالخسارة ، فأنكر المدين عليه الاشتراك معه ولم يجب من الخسارة بشيء ، فأعلنت المحكمة القضية إلى التحقيق لإثبات قيام الاشتراك وحصول الخسارة . ثم مع جود الاشتراك رفضت الدعوى لمجرد المدعى عن إثبات الخسارة فيها . فهذه المحكمة يقول الفقهاء في دعوى خسارة المدة فيه قواعد الإثبات إذا أصبحت المدعى مع قسطن عسمة بالخسارة سكتة لإثباته ، وذلك لأنه إنكار ٢ حكم قسطن الفقرة ٢ للمدعى يطوى فيه عدم كسبه بالخسارة (١) نقض ثاني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٥٣ ص ٢٥٦ - ملاحظة : كان من الممكن استنباط قاعدة حل حصول الخسارة من إنكار المدعى عليه الفقرة ثم جرحها رغم هذا الإنكار ، ولكن المحاكم أن المحكمة لم تستجب لهذه الفقرة كما لم يستجيب المدعى من جهة كسبه بالبراءة المحرم

ويضرح على ذلك مواقف عدة يختار القانون فيها وضعاً يستبره هو الأصل ،  
فمن تمسك به لا يكلف باثبات شيء ، ومن ادعى خلافه فعليه عبء الإثبات .  
مثل ذلك الأهلية ، فالأصل أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد  
منها بحكم القانون ( م ١٠٩ مدني )<sup>(١)</sup> . ومثل ذلك أيضاً عيوب العقد ، فالأصل  
أن يكون العقد سليماً من العيوب ، ومن يدعي أن بالعقد عيباً عليه إثباته . ومثل  
ذلك أيضاً إجازة العقد القابل للإبطال ، فالأصل عدم إجازة العقد ، ومن  
يدعي أنه أجاز عليه أن يثبت هذه الإجازة<sup>(٢)</sup> .

#### ٥٠ - وفي نطاق الحقوق العينية الأصل هو الظاهر : وفي نطاق

الحقوق العينية الأصل هو الظاهر . فالخاتمة للعين لا يطالب بالاثبات ملكيتها لأن  
الظاهر هو أن الخاتمة مالك . والخارج الذي يدعي ملكية العين هو الذي يدعي  
خلاف ذلك ، فعليه هو يقع عبء الإثبات<sup>(٣)</sup> . ومن ثم كان الخاتمة هو المدهي

---

(١) وكالأهلية الصفة ، إذا كان قيامها واضحاً فأما تفترض . أما إذا كانت الصفة قد  
وضع انعدامها ، فلا يفترض وجودها ، ومن له مصلحة في قيامها عليه عبء إثباتها . وقد قضت  
محكمة النقض بأنه إذا حصل أحد الشركاء في إجازة من وزارة الأوقاف على مخالصة من مأمور  
الأوقاف فترد فيها أنه دفع جميع المطلوب منه في الدعوى التي رفعت عليه ، ولذلك فقد أخلاه من  
الحراسة والحجز والدعوى والضيان ، واعتبر هذا الشريك تلك المخالصة مبررة له من التضامن مع  
شركائه في عقد الإيجار في وفاة الباقي من أجرة الأطنان المؤجرة إليهم جميعاً متضامتين بحسب  
نص العقد ، ولكن المحكمة ذهبت إلى أنه - لكن يكون المخالصة هذا الأثر - يجب أن يقيم  
المساعدة له المخالصة - باعتبار أنه هو المتسكك بها - الدليل على أن من أصدرها يملك التنازل من  
حق الوقف في استيفاء أجرة كل الأطنان المؤجرة ، فإن المحكمة تكون قد طبقت قواعد الإثبات  
تطبيقاً صحيحاً على واقعة الدعوى ( نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمره رقم ٤٠٩  
ص ٧٥٩ ) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن عبء إثبات إجازة عقد قابل للإبطال إنما يقع على حائق  
مدعي الإجازة . وإذن في كان الطاعن قد ادعى أن مورث المظنون عليها قد أجاز به بلوغه من  
التردد على البيع التي عقده وهو قاصر ، فإن الحكم المظنون فيه إذ أتى عليه عبء إثبات هذه  
الواقعة لا يكون قد خالف قواعد الإثبات ( نقض مدني ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام  
محكمة النقض ٥ رقم ٢٨ ص ٢٠٣ ) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن إذا لم تثبت الملكية المدعى بالسند الذي أسنوا عليه  
دعواه ، فلا يكون المسكن أن تصدق من عبء تنازعه - وم مدعي طليم في الدعوى - من



عليه دائماً في دعوى الملكية <sup>(١)</sup> . وذلك ما لم يثبت من مستندات المدعى أن الظاهر  
بوجود دعواه وينبغي دفاع المدعى عليه ، فعندئذ ينتقل عبء إثبات الملكية  
إلى المدعى عليه <sup>(٢)</sup> .

= إثبات ملكيتهم بالتقادم دليلاً قانونياً على ثبوت ملكية المدعين وهم المكلفون قانوناً بإثبات  
دعواهم ( نقض مدني ١٤ يونية سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٦ ص ٧٢٣ - وانظر أيضاً  
١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ ص ١٩٣ - ١٢ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة  
عمر ٥ رقم ٢٦٦ ص ٥٣٨ ) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كان ناظر الوقف الراسع  
اليه على العين مقراً بتبنيها للوقف ، فلا شأن للمدعي بملكيتها في مطالبة الناظر بكتاب ولا بإشهاد  
على الوقف . وعلى هذا المدعي وحده تقديم الأدليل المثبت لدعواه ، وخصوصاً إذا كان الوقف  
قديمًا يرجع إلى ما قبل صدور لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في ٢٧ من مايو سنة ١٨٩٧ التي  
أوجبت لأول مرة إجراء الإشهاد عن الوقف لإثباته ، وكان قبلها إثبات الوقف خاصاً لأحكام  
الشرعية الإسلامية التي لا تستلزم فيه كتابة ولا إشهاداً ( نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧  
مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٣ ص ٣١٦ ) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن تقرير الحكم أن المدعي  
عليه لم يكسب ملكية الألبان التي يطلب المدعيان ثبوت ملكيتها لها بأي سبب من أسباب كسب  
الحق لا يفيد بذاته وبطريق الزوم ثبوت ملكيتها للمدعين . فحيث كان الحكم ، إذ قضى بثبوت  
ملكية المدعين للألبان موضوع النزاع ، قد أقام قضاءه على أن المدعي عليه لم يكسب ملكية هذه  
الألبان بأي من عقدي شرائه أو بوضع اليه المدة الطويلة أو القصيرة ، كذلك لم يبين الحكم كيف  
آلت الأشياء إلى المدعين من آخر كان قد اشتراها في حين أنها ليسا من ورثته ، ولم يتحدث  
عن عقد القسمة المبرم بين هذا المشتري وأخوته ، ولا عن كيفية إفاضة ملكية المدعين ، متى كان  
الحكم قد أقام قضاءه على ذلك فإنه يكون ناقصاً ( نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة  
أحكام النقض ٢ رقم ٦٥ ص ٣٤١ ) - وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا قضت المحكمة  
بإحالة الدعوى على التحقيق بناء على طلب الطرفين لبيان كل منهما ما يدعيه من تملكه الأرض  
موضوع النزاع بالتقادم الطويل المدة ، وبعد أن انتهت المحكمة من سماع شهود الطرفين رجعت  
أعمال شهود المدعي على شهود المدعي عليهم ، فليس فيما أجرته مخالفة لقواعد الإثبات ( نقض مدني  
٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٧ ص ٤٧٨ ) . وقضت أخيراً بأنه  
بحسب المحكمة إذ هي قضت برفض دعوى الطاعنين أن تستند في ذلك إلى مجزئ من إثبات  
سبب ملكيتهم بدون أن تكون في حاجة إلى بيان أساس ملكية المطعون عليها التي لم تكن إلا مدعى  
عليها في الدعوى ( نقض مدني ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩٦ ص ٥٦٠ ) .  
أنظر أيضاً استئناف غنطط ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٣ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م  
١٨ ص ٤١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢١ .

(١) ديولوب ٢٩ فقرة ١٨٩ - لوران ١٩ فقرة ٩١ - بودري وباردو ٣ ص ٢٠٩٠  
ص ٤٢٢ .

(٢) نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢  
ص ٨١٩ .

وكذلك الظاهر أن حق الملكية خال من أن يتقل بحق جنى . فذلك إذا تمسك هذا الظاهر لا يطالب بأثباته . ومن يدعى خلاف الظاهر ، بأن يدعى مثلاً أن له حق ارتفاق<sup>(١)</sup> أو حق انتفاع أو حق رهن على العين ، كان عليه هو أن يثبت قيام الحق الذي يدعيه ، ولو كان مدعى عليه في الدعوى الأصلية ، لأنه يدعى خلاف الظاهر<sup>(٢)</sup> .

٥١ - والثابت فرضاً كالثابت أصحاً وكالثابت ظاهراً : وقد يحل محل الأصل في نطاق الحقوق الشخصية ومحل الظاهر في نطاق الحقوق العينية وصح يفرض القانون وجوده عن طريق قرينة قانونية بقيمها . فيكون الثابت فرضاً كالثابت أصلاً وكالثابت ظاهراً .

مثل ذلك أن يرفع المضرور دعوى تعويض على المكلف برقابة قاصر صدر منه عمل غير مشروع أصاب المدهى بالضرر . وقد كان القياس يقتضي أن يثبت المدهى ، فوق العمل غير المشروع الصادر من القاصر ، تقصيراً من المكلف بالرقابة في تأدية واجبه . ولكن القانون فرض أن هذا التقصير قد وقع منه بمقتضى قرينة قانونية أقامها ضده ( م ١٧٣ فقرة ٣ مدني ) . فلا يكلف المدهى إثبات التقصير . وينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه فيثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية . وكذلك الحال في مسئولية حارس الحيوان ، وفي مسئولية حارس البناء عن تدهم البناء ، وفي مسئولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ، كل هؤلاء فرض القانون في جانبهم التقصير ، فدعى التعويض لا يكلف باثبات تقصيرهم ، بل لا يسمح لهم القانون أن يتجسروا أنهم قاموا بواجب العناية لأن قرينة التقصير هنا قرينة قانونية لا تقبل لإثبات العكس

(١) استئناف مخطوط ١٥ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٠ .

(٢) بومدي وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٠ ص ٤٢٢ . هذا وقد قضت محكمة النقض بأن نصر المقاربات بالتخصيص وفقاً لنص المادة ٩٨٨ مخطوط داخلة ضمن الملاحظات المشار إليها في المادة المذكورة ، وتباع مع القرار المرفوع ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك ، فرفع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه ( نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥٠ رقم ٤٢ ص ٤٢٠ )

(الواد ١٧٦ و ١٧٧ فقرة أولى و ١٧٨ من التقنين المدني) . والمدمي يدين لا يكلف إثبات سببه للشروع ، لأن القانون فرض أن يكون لكل من سبب مشروع ، وينقل مناعيه الإثبات إلى المدين عليه أن يثبت هو أن الدين سببه غير مشروع (م ١٣٧ فقرة ١ مدني) . كذلك يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، حتى يقيم المدين الدليل على ما يخالف ذلك (م ١٣٧ فقرة ٢ مدني) . والتأشير على سند بما يستفاد منه برامة ذمة المدين قرينة على الوفاء ، فينقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن ، وعلى هذا أن يثبت أن المدين لم يقيم بوفاء الدين (م ٣٩٩ مدني) .

وفي نطاق الحقوق العينية ، إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه ، فالدمي الذي يرفع دعوى على المالك متمسكاً بأن هذه القيود هي حقوق ارتفاق لا مجرد التزامات شخصية لا يكلف بإثبات ذلك ، لأن القانون أقام قرينة على أن هذه القيود هي حقوق ارتفاق ، فإذا أراد المالك أن ينفي أنها حقوق ارتفاق وأنها ليست إلا التزامات شخصية انتقل إليه هو عبء هذا الإثبات (م ١٠١٨ فقرة ١ مدني) .

ومن هذه الأمثلة نرى أن القرينة القانونية إذا كانت قابلة لإثبات العكس إنما تنقل عبء الإثبات ممن يتمسك بها إلى خصمه ، أما إذا كانت غير قابلة لإثبات العكس فإنها تعفى من يتمسك بها من الإثبات إعفاء نهائياً ولا تقتصر على نقل عبء الإثبات<sup>(١)</sup> .

---

(١) يلاحظ الفقه الحديث أن القول بأن القرينة القانونية تنقل عبء الإثبات إذا كانت تقبل إثبات العكس ، وتنفى من الإثبات إعفاء نهائياً إذا كانت لا تقبل إثبات العكس ، هو قول تموزة الفقه . ذلك أن القرينة القانونية سواء كانت قابلة لإثبات العكس أو غير قابلة ، تقتضي من يتمسك بها إثبات وقائع معينة هي التي عليها تقوم لقيام القرينة . فكان القرينة القانونية لم تثبت من الإثبات أو تنقل عبء ، وإنما هي نقلت الإثبات من محل إلى محل آخر (déplacement de preuve) ، فبدلاً من أن يثبت المدمي الواقعة المراد إثباتها يثبت واقعة أخرى متصلة بها ، وإثبات هذه الواقعة الأخرى يعتبره القانون إثباتاً للواقعة الأولى . فالقانون إذن ، كما تقدم القول ، لم ينف من الإثبات أو ينقل عبء ، وإنما أبدل في الإثبات واقعة بأخرى ، ولا يزال من يحمل عبء الإثبات ملزماً بإثبات هذه الواقعة الأخرى ، لم ينف من إثباتها ولم ينتقل عبء إثباتها من حائقه إلى حائق خصمه (انظر في هذا المعنى بدران وبرو ٩ فقرة ١١٥٥ و فقرة ١٢٩١) .

## ٥٢ - كزلك شكرو البية على من يدهى معروف ما هو ثابت فعمو :

ومن يتمسك بما هو ثابت أصلاً أو ظاهراً أو فرضاً يمكن أن نقول إنه يتمسك بما هو ثابت حكماً . وهو لا يكلف بالإثبات كما قلنا ، بل من يدهى خلاف ما هو ثابت حكماً هو الذى يحمل عبء الإثبات . كذلك الحال فحين يتمسك بما هو ثابت فعلاً<sup>(١)</sup> ، لا يكلف هو أيضاً بالإثبات ، وإنما يحمل عبء الإثبات من يدهى خلاف ما هو ثابت فعلاً . والثابت فعلاً هو ما أقام التحصم الدليل عليه بالطرق القانونية ، حقيقة أو ضمناً .

مثل ذلك فأن يرفع دعوى الدين على مدينه ، فيدهى خلاف الأصل وهو برامة اللمة كما قلنا ، فعليه إذن عبء إثبات الدين . فإذا ما أثبت حقيقة بسند مكتوب مثلاً ، فلا يجوز للمدين أن يدهى وفاء الدين ، أى خلاف ما هو ثابت حقيقة ، إلا إذا حل عبء إثبات ما يدهيه .

ولو أن المدين فى المثل الذى قلناه لم يكلف المدعى بإثبات الدين حقيقة ، بل دفع الدعوى بالمقاصة ، كان هذا بمثابة إقرار ضمنى منه بالدين ، فيكون الدين ثابتاً ضمناً . وعلى المدين إذن عبء إثبات انقضاء الدين بالمقاصة لأنه يدهى خلاف ما هو ثابت ضمناً .

== وهذا النظر الجديد ، وإن كان صحيحاً فى ذاته ، لا يردى إلى عدم النظر القديم . ففى القرينة القانونية القابلة لإثبات العكس ، ينتقل الإثبات من محل إلى محل آخر ، ولكن متى أثبت المدعى الواقعة البديلة — ككون المستول هو المكلف بالرقابة مثلاً — انتقل عبء الإثبات فعلاً من مائه إلى مائل المكلف بالرقابة ، فيصبح هذا مكلفاً أن يثبت أنه قام بواجب الرقابة . وفى القرينة القانونية غير القابلة لإثبات العكس ، ينتقل الإثبات أيضاً من محل إلى محل آخر ، ولكن متى أثبت المدعى الواقعة البديلة — ككون المستول هو حارس الحيوان أو البناء أو الآلة الميكانيكية مثلاً — أمضى فعلاً إعفاء نهائياً من إثبات الواقعة الأصلية ، وهى وقوع خطأ من هذا المستول . ولا يقال أن هذا الإعفاء نهائياً لا جدوى فيه للمدعى ما دام يبقى مكلفاً بإثبات الواقعة البديلة ، لأن الإعفاء فى هذه الحالة له فوائده لإسبائهما ، فذلك أن إثبات الواقعة البديلة يكون عادة أسهل بكثير من إثبات الواقعة الأصلية ، فكون المدعى فى النهاية قد تخفف كثيراً من عبء الإثبات . على أننا سنرى من الكلام فى القرائن القانونية غير القابلة لإثبات العكس أن حقيقة هذه القرائن هى أنها قواعد موضوعية لا قواعد لإثبات .

(١) وقد أشرنا أن نستعمل هذا اللفظ « فعلاً » بدلا من اللفظ « مرصاً » الذى استعملناه فى الموجز (انظر ص ١٥٣) واستعمله الفقه المصرى معنا ثم استعمله محكمة النقض (٦ مارس سنة ١٩٤٧ بمجموعة ص ٥ رقم ١٦٥ ص ٣٧٥) ، لأن اللفظ الأول أدل على المعنى المقصود .

ومن ثم زى أن البيئة تكون على من يدعى خلاف ما هو ثابت فعلا ، حقيقة  
كان هذا الثبوت أو ضمنا .

٥٣ - استعمروا صبرا هاشم فبين عمل عبه الإثبات : ونستطيع  
بعد ما قمناه أن نضع المبدأ الآتي : كل من يتمسك بالثابت حكما - أصلا أو  
ظاهرا أو فرضا - أو بالثابت فعلا - حقيقة أو ضمنا - لا يقع عليه عبه  
الإثبات . وإنما يقع عبه الإثبات على من يدعى خلاف الثابت حكما أو فعلا ،  
لأنه يدعى خلاف الأصل أو الظاهر أو المقروض أو الثابت ، فوجب أن يحمل  
عبه إثبات ما يدعيه<sup>(١)</sup> . وغنى عن البيان أن تحديد من يحمل عبه الإثبات  
مسألة قانونية تخضع لرعاية محكمة النقض .

#### ب - عبه الإثبات من ناحية التطبيق :

٥٤ - كيف يفرض بالاثبات مضمون يحمل عبه : متى تبين أى  
التخصمين يحمل عبه الإثبات ، وفقاً للمبدأ العام الذى قمناه ، كان هذا المضمون

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل غلوس الذمة ، وانشغالها عارض . ومن ثم كان  
لإثبات على من يدعى ما يخالف الثابت أصلا أو فرضا ( روى القلة التى اعترناها : حكما أو  
فعلا ) مدعيا كان أو مدعى عليه . فإذا رفع الموكل دعواه بتب غير لتحقيق الحسابات التى  
قدها وكيله فى إطار الدائرة ، فهذه الدعوى لا تمتدو أن تكون دعوى تحقيق حساب بين موكل  
وكيله فإنها تبين المبالغ التى قبضها الوكيل من أموال الموكل فانقضت بها ذمته والمبالغ التى  
حسرتها فى ذمونه فبرئت منها ذمة الوكيل . فهى لا تخضع ولا بد لقاعدة الإثبات العامة للسابق  
ذكرها ، فبين على الموكل وورثته إثبات قبض الوكيل لمال الذى يدعون أنه قبضه . فإن  
ظعلوا ، تبين على الوكيل وورثته أن يثبتوا صرف هذا المال فى ذمونه الموكل أو حصته إليه .  
فإذا كان الثابت بتقرير الخبير أنه ائصد فى حصر المبالغ التى وصلت إلى الوكيل على المظار التى  
كان هو يرصد فيها حساب وكالاته ، فإنه يكون على ورثة الوكيل ، وقد أقام الموكل بما قده  
الوكيل بالمظار الدليل على انشغال ذمة مورثهم بما ورد فيها من مبالغ ، أن يثبتوا بما يدورم  
الدليل على غلوس ذمة منها كلها أو بعضها . فإذا ائصدت المحكمة على تقرير الخبير الذى أحط  
مورثهم بغيرهم من عن إثبات براءة ذمة من مبالغ ثبت وصولها إلى يده من المظار التى قبضا  
بها ، فإنه لا تكون قد خالفت القانون ( نقض ملف ٦ مارس سنة ١٩١٧ بمجموعة :  
درم ١٦٥ ص ٢٧٠ ) .

مؤلفه كلف بإقامة الدليل بالطرق القانونية على صحة ما يدعيه . فإذا ادعى شخص أنه أقر شخصاً آخر مبلغاً من المال ، فعليه أن يثبت عقد القرض . ولكن هل معه ذلك أن يثبت أيضاً أن عقد القرض خال من جميع أسباب البطلان ، وهذه ترجع إلى التراضي والمحل والسبب وإلى الأهلية وجوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال ، ثم يثبت بعد ذلك أن النقد بعد أن انعقد صحيحاً لم ينقض الدين فلذلك نشأ عنه بائى سبب من الأسباب كالوقاء والتجديد والمخاصة وانحاد الذمة والإبراء ونحو ذلك ، ثم بعد أن يثبت أن الدين لم ينقض يثبت أيضاً أنه لم يلحقه أى تعديل ، وهكذا .

من الواضح أن عبء الإثبات ، إذا فسر على هذا النحو ، ينوء به الخصم . ولذلك تقضى الضرورة أن يقتصر الخصم على إثبات عقد القرض . وبعد ذلك يستعان بالقرائن التى قدمناها . فلو تم ثابت حكماً أو فعلاً لا يكلف باثباته ، وإذا ادعى خصمه خلاف ما هو ثابت حكماً أو فعلاً حل هو عبء الإثبات . ويرتب على ذلك أن القرض متى أثبتته المحاكم ، كان من الثابت حكماً أنه خال من أسباب البطلان ، فإذا ادعى المدعى أن العقد قد لحقه سبب منها فعليه هو أن يثبت ذلك كما أسلفنا . ثم متى ثبت عقد القرض ، أصبح ثابتاً فعلاً ، فإذا ادعى المدعى خلاف ذلك ، بأن ادعى أن الدين قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء أو أنه قد لحقه أى تعديل ، فعليه هو عبء الإثبات كما تقدم القول (١).

ونرى من ذلك أن عبء الإثبات لا يقل كاهل أحد الخصمين دون الآخر ، بل هو يوزع بين الخصمين على النحو المظم (٢) . وقد يقع هذا التوزيع بحكم

(١) بلانول وديريه ج. ج. ٧ فقرة ١٤٢٠ ص ١٤٩ - ص ١٤٩ .  
(٢) «يشيع الأستاذ ديجو بيان أساليب في حل عبء الإثبات . أولها أن من يحمل عبء الإثبات لا يتولى إثبات جميع الظروف الواجب توافرها لوجود الحق الذى يدعى ، بل يكفي أنه يثبت من الظروف ما يحل ويورد هذا الحق من جهة (vinculable) . فليس عليه أن يثبت الحقيقة بأكملها من الظروف ويكفي الإكراه . لأن هذه الوقائع استثنائية ومن يدعى فيها الرجوع يحل عليه ما يدعى ، ذلك أنه ادعى شيئاً غير الوقوع ، بل يكتفى بذلك بفتح . فعليه هو أن يثبت وقوعه . والبلانول لا ينفذ عبء الإثبات هو أن هذا العبء يحمل في كل حالة والذات الخصم الذى يطالب أن يتسلط به في أقل شقة (le moins d'inconvénient) . أى في القصر وقت وبأقل المضايقات وبأيسر النفقة (le moins de délai, de vexations, de frais) . ثم =

الواقع بمقتضى قرآن قضائية ينقل بها القاضى عبء الإثبات بحسب تقديره من الخصم إلى خصمه ، وقد يقع بحكم القانون بمقتضى قرآن قانونية ينقل بها عبء الإثبات من خصم إلى آخر ، وقد يقع أخيراً بحكم الاتفاق بين الطرفين .

٥٥ - توزيع عبء الإثبات بحكم الواقع : فتل أن يقع التوزيع بحكم الواقع عن طريق قرأتين قضائية ما يأتى :

(١) شخص يريد أن يثبت صورية عقد صدر من أب إلى ولده ، فيثبت إلى جانب علاقة البوة أن الولد وهو صغير السن عديم الكسب ليس له مال ظاهر يسمح بدفع الثمن المذكور فى العقد أنه قد دفع . فتقوم قرينة قضائية على أن واقعة دفع الثمن واقعة صورية . فينقل القاضى عبء الإثبات إلى الأب ، ليثبت مصدرأ معيناً دفع منه الولد الثمن ، أو أن حقيقة العقد هبة فى صورة بيع وعندئذ يكون له حكم الحبة لا حكم البيع .

(٢) شخص يطالب آخر بتعويض لاعتدائه على اختراع له حصل على براءته وسجلها . فعلى المدعى أن يثبت حصوله على البراءة وأنه قام بتسجيلها وفقاً للأوضاع المقررة فى القانون . وعند ذلك ينقل القاضى عبء الإثبات إلى المدعى عليه ليثبت ، إذا استطاع ، أن هذا الاختراع بالرغم من صدور براءة به وتسجيلها ليس بالجديد الذى يستحق الحماية .

(٣) أنكر الخصم أن الختم الموقع به على الورقة هو ختمه . فعند ذلك يحمل الخصم الآخر عبء إثبات صحة الختم طبقاً للإجراءات المقررة فى القانون . فإذا أثبت ذلك نقل القاضى عبء الإثبات إلى الخصم الأول ، ليثبت كيف وصل ختمه هذا الصحيح إلى الورقة التى عليها التوقيع ، ويكون ذلك عن طريق دعوى

---

حذير ديموج إلى وجوب عدم المبالغة فى تقدير أهمية عبء الإثبات. ذلك أن الخصوم لا بد لهم من أن يتوزعوا فيما بينهم . فهم يتعاونون على الأسطلاح بهذا المعنى ، ولكنه تعاون الأعداء ، كما يتعاون رب العمل مع نقابة العمال ، وذلك التعاون كهذا يوجب فيه أن يكون ضرورياً ومتجسراً . والتعاون ليس مقصوراً فحسب على الخصوم فيما بينهم ، بل إن الخصوم يتعاونون أيضاً مع القاضى فى ذلك . ومن أجل هذا لا يستطيع القاضى أن يقضى بطله ، فإن ذلك يحرمه من تعاون الخصوم معه (ديموج فى الأفكار الرئيسية لقانون الخاص للفصل السابع ص ٥٤٢ - ص ٥٦٥).

التزوير التي يجب أن يسار فيها بطريقها القانوني كما قضت بذلك محكمة النقض (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٤ ص ٣٤٦) .

(٤) شخص يريد أن يثبت أن له حيازة المنزل محل النزاع ، فيقدم مستندات تثبت أنه هو الذي يؤجر المنزل ويقبض أجرته ويدفع ضريته . فتقوم قرينة قضائية على أنه هو الحائز للمنزل . وعند ذلك ينقل القاضي عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ليدحض هذه القرينة القانونية ، بأن يثبت مثلاً أن الخصم الأول إنما يؤجر المنزل ويدفع الضريبة لالحسابه الشخصي بل لحساب المالك الذي يدير هو أعماله . وهكذا ينقل القاضي عبء الإثبات من خصم إلى آخر تبعاً لما يستخلص كل منهما من قرائن يكون من شأنها أن تلقى عبء الإثبات على خصمه ..

(٥) موظف فصل من وظيفته ، فيرفع دعوى على الحكومة يقول فيها إن فصله كان تعسفياً . ولما كان هو الذي يحمل عبء إثبات التعسف ، فإنه يستطيع في هذا السبيل أن يطلب ضم ملف خدمته ليثبت منه تقدير الرؤساء لكفايته وتخلقه . فإذا أمكنه من هذا الطريق أن يثبت ألا غبار عليه من ناحية الكفاية ومن الناحية الخلقية ، نقل القاضي عبء الإثبات إلى الحكومة لتقول هي بدورها لأى سبب بالذات قد فصلته . فإن ذكرت الحكومة سبباً معيناً لفصله ، نقل عبء الإثبات إلى المدعي ، ليثبت أن هذا السبب غير صحيح أو أنه لا يكفي بفرض صحته لنفي التعسف . وهكذا يتناوب الموظف والحكومة الإثبات إلى أن يعجز أحدهما عن أن يرد عبء الإثبات إلى صاحبه ، فيكون هو المحكوم عليه في الدعوى .

## ٥٦ - توزيع عبء الإثبات بحكم القانون : ومثل أن يقع التوزيع بحكم

القانون عن طريق قرائن قانونية ما يأتي :

(١) يريد الدائن إثبات إحصار المدين . هنا يتكفل القانون بتحليل عناصر الإثبات وتوزيعها على الخصمين عن طريق إقامة قرائن قانونية . فقد نصت المادة ٢٣٩ من القانون المدني على أنه : « إذا ادعى الدائن إحصار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في فمه من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها » . فالدائن إذن يحمل عبء إثبات مقدار ما في



فئة المدّين من ديون . وعندئذ ينقل عبء الإثبات إلى المدّين ، ويكون عليه أن يثبت أن له مالا يفي بمجموع هذه الديون . وبمقدار كثرة الديون التي يستطيع الدائن إثباتها في فئة المدّين ينقل عبء المدّين في إثبات أن ماله يفي بديونه . فإن عجز عن هذا الإثبات اعتبر معسراً .

(٢) يريد الحائر أن يثبت أنه كسب الملكية بالتقادم ، أي أن يثبت أن حيازته استمرت المدة التي حددها القانون لتقام التقادم . هنا أيضاً يتكفل القانون بتوزيع عناصر الإثبات على الخصمين . فقد نصت المادة ٩٧١ من التقنين المدني على أنه : إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالاً ، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين ، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك . فالحائز يحمل عبء إثبات أن حيازته بدأت في وقت معين وأنها قائمة حالاً . وهنا يقيم القانون قرينة على أن الحيازة استمرت قائمة في المدة ما بين الزمنين . وينقل بذلك عبء الإثبات إلى الخصم الآخر . ويكون عليه أن يثبت أنها انقطعت في هذه المدة .

(٣) إذا أمن شخص على حياته ، ثم انتحر ، برئت فمة المؤمن ( شركة التأمين ) من التزامه بدفع مبلغ التأمين إلى المستفيد . ومع ذلك لا تبرأ فمة المؤمن من هذا الالتزام إذا كان سبب الانتحار يرجع إلى فقدان إرادة المنتحر . فإذا مات المؤمن على حياته وادعت شركة التأمين أنه مات منتحراً فبرئت فمتها من الالتزام بدفع مبلغ التأمين إلى المستفيد ، فإن القانون هنا أيضاً يوزع عبء الإثبات على كل من شركة التأمين والمستفيد . فقد نصت الفقرتان الأوليان من المادة ٧٥٩ من التقنين المدني على ما يأتي : « (١) تبرأ فمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين إذا انتحر الشخص المؤمن على حياته . ومع ذلك يلتزم المؤمن أن يدفع لمن يؤول إليهم الحق مبلغاً يساوي قيمة احتياطي التأمين . (٢) فإذا كان سبب الانتحار مرضاً أفقد المريض إرادته ، بقى التزام المؤمن قائماً بأكمله . وعلى المؤمن أن يثبت أن المؤمن على حياته مات منتحراً ، وعلى المستفيد أن يثبت أن المؤمن على حياته كان وقت انتحاره فاقد الإرادة » . فشركة التأمين تحمل إذن عبء إثبات أن المؤمن على حياته قد انتحر . وعندئذ يفرض القانون فرعاً قابلاً لإثبات العكس أن الانتحار كان بإرادة المنتحر ، وأن هنا لم يكن فاقد الإرادة وقت انتحاره . فينتقل عبء

(٢٦٩ القوسيط ج ٢)

الإثبات إلى المستفيد . وعليه أن يثبت ، حتى يستحق مبلغ التأمين بأكمله ، أن المتحرر كان وقت انتحاره فاقد الإرادة<sup>(١)</sup>

(٤) عقد أبرم بطريق المراسلة . ولكن الموجب ادعى أنه عدل عن إيجابه قبل أن يتم العقد . فعل الخصم الآخر أن يثبت أن العقد قد تم إبرامه - أى أن الموجب قد علم بالقبول - قبل هذا العدول . ويوزع القانون عبء الإثبات بين الخصمين ، إذ تنص المادة ٩١ من التفتين المدنى على ما يأتى : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، وبمعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يتم الدليل على عكس ذلك » . فعل الخصم الآخر الذى قبل الإيجاب أن يثبت أن قبوله وصل إلى الموجب في وقت سابق على الوقت الذى علم فيه بعدول الموجب عن إيجابه . وعند ذلك يفرض القانون أن الموجب قد علم بالقبول وقت وصوله إليه . فينتقل عبء الإثبات إلى الموجب . وعليه أن يثبت أنه بالرغم من وصول القبول إليه قبل عدوله عن الإيجاب ، إلا أنه لم يعلم به إلا بعد عدوله وعلم الخصم الآخر بهذا العدول .

(٥) باع شخص مالا يملكه . وبعد موته نازع ورثة البائع المشتري في أن الثمن المذكور في عقد البيع صورى ، وأن البيع قد صدر في مرض الموت فيكون وصية ، ومن ثم لا ينفذ إلا من ثلث التركة . يوزع القانون عبء الإثبات هنا أيضاً بين الورثة والمشتري . فقد نصت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٩١٦ على ما يأتى : ٢١ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . ٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه . فالورثة إذن يحملون عبء إثبات أن البيع قد صدر في مرض الموت . ومتى أثبتوا ذلك قامت قرينة قانونية على أن العقد مقصود به التبرع وأن ثمتاً ما لم يدفع . وعند ذلك ينتقل عبء الإثبات إلى المشتري . وعليه أن يثبت أنه دفع للبائع ثمتاً لا يقل عن قيمة المبيع بمقدار يجاوز

---

(١) انظر ما قلناه في هذه المسألة فقرة ١٧ في الحاشية :

ثالث التركة ، وإلا فإن البيع ، فيما تجاوز فيه زيادة قيمة المبيع على الثمن ثلث التركة ، لا يبرى في حق الورثة ( م ٤٧٧ مدنى ) .

وزى من الأمثلة المتقدمة أن كل قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ليست في الواقع إلا توزيعاً لعبء الإثبات بين الخصمين ، يتكفل به القانون .

وزى كذلك مما سبق بيانه أن من يحمل عبء الإثبات ليس مطالباً في الواقع من الأمر بإثبات كامل قاطع . ولا هو يكلف - على عكس ما ذهب إليه الأستاذان أوبرى ورو<sup>(١)</sup> - بإثبات كل عنصر من العناصر التى تتكون

---

(١) يذهب أوبرى ورو إلى أن الخصم الذى يحمل عبء الإثبات يجب أن يثبت جميع العناصر الواقعية والقانونية للحق (droit) الذى يتسلط به أو الفائدة القانونية (bénéfice légal) التى يدعيها . ويقف عبء الإثبات عند هذا الحد . فلا يلتزم الخصم بإثبات انعدام الأسباب أو الظروف التى كان وجودها يمنع من كسب الحق (obstacle à l'acquisition du droit) أو يؤدي إلى سقوط الفائدة القانونية (déchéance du bénéfice légal) . ولا يلتزم كذلك أن يثبت أن الحق لم يدخل عليه تعديل أو يلحق به قيد لمصلحة خصمه (n'a pas été modifié ou restreint au profit de son adversaire) (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٨٤ و ص ٨٦ - ص ٩٠) .

ويعترض بارتان ( ص ٨٤ حاشية رقم ١٩ مكرر ) على التمييز ما بين الواقعة التى أنشأت الحق ، ويأتى على المدعى عبء إثباتها ، والواقعة التى تكون قد منعت من نشوء الحق أو تكون قد عدلت أو قيدت منه ، ويحمل المدعى عليه فيها عبء الإثبات . ويقول إن هذا التمييز لا يبرر له ، وإذا كنا نزم أن نطلب من المدعى إثباتاً كاملاً فينبى أن يثبت جميع الوقائع دون تمييز . ولكن الواقع من الأمر أننا لا نطالب المدعى بإثبات كامل حتى بالنسبة إلى الواقعة التى أنشأت الحق . فإن صاحب الاعتراض مثلاً يجب عليه أن يثبت صدور براءة له بالاختراع وأنه سجل هذه البراءة ، وعلى المدعى عليه أن يثبت أن الاختراع ليس بمجديد مع أن براءة الاختراع هى من العناصر المكونة للواقعة مصدر حق المخترع ومع ذلك يقع عبء إثباتها على المدعى عليه لا على المخترع .

ثم في حاشية ثانية (رقم ١٩ مكرر خامساً quinquies) يعترض بارتان على ما جعل أوبرى ورو عبء الإثبات فيه على المدعى عليه ، ويستعرض في هذا الصدد فروضاً مختلفة يخلص منها إلى أن عبء الإثبات فيها إنما يقع على المدعى لا على المدعى عليه ، وينتهى بالمباراة الآتية : « وبسبارة موجزة ، أياً كان التعريف الذى نقف عنده لما يدعوه أوبرى ورو المانع من نشوء الحق ، فيقابل به انعدام الشروط الضرورية لوجود الحق ، فإن المساعدة التى تلقى عبء إثبات هذا المانع على حائق المدعى عليه تبدو لنا - وهذا أقل ما يمكن أن نقول - قاعدة مشكوكاً فيها غير متأسكة » .

منها الواقعة مصدر الحق المدعى به . وليست الحقيقة القضائية التي يتولى إثباتها بالحقيقة المطلقة التي لا بداعلها الشك . فالتقانون لا يطلب المستحيل . وإنما يكفي من يحمل عبء الإثبات أن يثبته القاضي بأن الأمر الذي يدعيه أمر مرجع الوقوع بحيث يكون من المعقول التسليم بوقوعه فعلاً ، وينفى القاضي ما بقي من شك يحوم حول الأمر بأن ينقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ، ليثبت أنه ، بالرغم من الظواهر التي ترجح وقوع الأمر ، توجد قرائن أخرى تجعل الراجح مرجوحاً . ثم يرد عبء الإثبات إلى الخصم الأول ، ليهدم هذه القرائن :

== ثم في حاشية ثالثة (رقم ١٩ مكرر سادساً *sexies*) يتناول بارتان الاستثناء الثاني — سقوط القائدة القانونية للمدعى (*déchéance du bénéfice légal invoqué*) — فيقول به استعراضاً فروض مختلفة في أحوال سقوط الحق إن عبء الإثبات في هذه الفروض يقع على المدعى لا على المدعى عليه خلافاً لما ذهب إليه أوبري ورو .  
ثم في حاشية رابعة (رقم ١٩ مكرر سابعاً *septies*) يتناول بارتان الاستثناء الثالث والأخير — تعديل الحق المتسلك به أو تقييده لمصلحة الخصم (*modification ou restriction au profit de l'adversaire du droit invoqué*) — فيقول لو أن دائناً أبرأ ذمة مدين لإعصار طارء . محضاً بالحالة التي يمود فيها المدين إلى اليسار ، ثم طالب المدين به يساره ، فإن على الدائن أن يثبت أنه امتنع الصفقة المدنية لحقه ، وليس على المدين أن يثبت أن الدين قد تحول بإبراء الذمة إلى التزام طبيعي ولو كان الإبراء مقروناً بتعويض .

ثم ينتهي بارتان ( في الحاشية رقم ٢٠ مكرر ) إلى عرض ما يقترحه هو بديلاً عما ذهب إليه أوبري ورو ، فيقول : إن توزيع عبء الإثبات لا يكون على نخط واحد ، بل يختلف تبعاً لما إذا كان يراد إثبات واقعة مادية ، كوقوع حادث ، أو إثبات حالة نفسية ، كالكثبة أو كالكلم بالغلط . ويختلف كذلك تبعاً لما إذا كان يراد إثبات واقعة مادية محضة ، كتسليم الطرد لأمين النقل ليستخلص من هذه الواقعة واقعة مادية أخرى لا يمكن إثباتها بطريق مباشر كتلف ما بالطرد بعد ضياعه أو فقده ، أو إثبات واقعة مادية ليستخلص منها إما علاقة سببية بين واقعتين ، أو نسبة معينة بين قيتين تكون المقارنة بينهما من شأنها أن تنفي التزاماً بالرد أو التزاماً بالإسقاط والمساعدة أو إنقاصاً للالتزامات مرهقة أو تفسيراً لقرعة القانون أو ارتضاء الطرفان باختيارها لمصلحة قانونية ..... ويحسن أن نحلل ما صدر من أحكام القضاء في هذه المشاكل تحليلاً وصفيًا . وسيؤدي هذا التحليل دون شك ، إذا تمسكنا فيه إلى المدى الممكن تصوره ، إلى تحديد ما أسماه «أسراً طبيعية من الخصومات» (*Familles naturelles des litiges*) . فإذا عرض المشتغل بالقانون مسألة جديدة غير متوقعة في توزيع عبء الإثبات ، أسكنه أن يجد من بين هذه « الأسرة الطبيعية » ما يصلح لمقارنة الجديد به ، بل ما يصلح أن يعتبر سابقة قضائية حقيقية لشدة المشابهة ، فيقيس الجديد عليه ، ويصل من هذا القياس إلى الحل المنشود . (قارن بلاثيول وريير وهولانجه ٢ فقرة ٢١٧٧) .

بقرائن أخرى تعيد للأمر كفة الرجحان . وهكذا يتقاذف الخصمان الكرة ، كل منهما يدفعها إلى صاحبه ، إلى أن يصجز أحدهما عن ردها ، فتسقط من يده ، ويسجل على نفسه الخسارة<sup>(١)</sup> .

فلا نبالغ إذن في القول بفداحة عبء الإثبات . فإن الخصم يتخفف من هذا العبء بأمرين : (أولاً) بتحليل الواقعة المراد إثباتها إلى عناصر متعددة يتوزع بين الخصمين عبء إثباتها ، فيقوم كل منهما بتسليمه في هذا العبء . (ثانياً) بعدم مطالبة الخصم - في العناصر التي يكلف بإثباتها - بإثبات قاطع يصل بها إلى درجة الحقيقة المطلقة . بل يكفي أن يثبت رجحانها . وهذا هو شأن الحقيقة القضائية ، لا يقدر لها أن تصل إلى مرتبة الاطلاق<sup>(٢)</sup> .

(١) وقد جاء في الموجز المؤلف في هذا المعنى ما يأتي : « ويتبين من ذلك أن مهمة كل خصم في الدعوى هو أن ينقل عبء الإثبات إلى خصمه . فإن عجز الخصم عن الإثبات خسر دعواه . وإن استطاع هو الآخر نقل عبء الإثبات إلى الخصم الأول ، وعجز الخصم الأول عن الإثبات خسر هذا الخصم دعواه ، إلا إذا استطاع نقل عبء الإثبات إلى الخصم مرة ثانية ، وهكذا . وعبء الإثبات يقع دائماً على من يدعي شيئاً مخالفاً لما هو ثابت أصلاً أو عرساً أو ظاهراً أو بفضل قرينة قانونية . ونرى من ذلك أن الحقائق القضائية ليست إلا حقائق نسبية ، شأن سائر الحقائق » (الموجز ص ١٥١) .

(٢) في رسالة حديثة (موتيلسكي Motulsky في نظرية العناصر المكونة للحقوق - باريس سنة ١٩٤٨) ، اتخذ المؤلف هذه العناصر أساساً لرأى ذهب إليه في مسألة عبء الإثبات . فهو يميز بين مرحلتين : عبء الادعاء (charge de l'allégation) وعبء الإثبات (charge de preuve) .

أ - عبء الادعاء ينحصر في أن المدعي يجب أن يضمن ادعاءه جميع العناصر التي تكون الحق المدعى به . وهذا ما يسميه المؤلف بالعناصر المكونة للحق (éléments générateurs du droit) . فإن أقل شيئاً من هذه العناصر ، رفضت دعواه . ومن ثم يظهر المعنى المقصود بعبارة « عبء الادعاء » ، فالمدعي يجعل عبء ادعاءه جميع العناصر المكونة للحق الذي يدعيه ، وإلا خسر دعواه ، وذلك حتى قبل الانتقال إلى مرحلة عبء الإثبات ، بل وحتى لو حضر وحده في غيبة خصمه ، ولم يذكر جميع العناصر المكونة لحقه ، فإنه يخسر دعواه لمصلحة خصمه الغائب - ولكن التطبيق الحرق لهذه القاعدة قد يقضى إلى الاستمالة . فلو أن البائع طالب المشتري بشئ المبيع ، لوجب عليه ، طبقاً لحجية هذه القاعدة ، أن يضمن ادعاءه وقوع التراضي على المبيع والتمتع ، وأهلية المتاعدين ، وغلو التراضي من العيوب ، وتوافر شروط المبيع ، ووجود سبب مشروع الخ .. فلا بد إذن من أن يتخفف من يحصل « عبء الادعاء » من بعض هذه العناصر ، عن طريق ما يسميه المؤلف بنظرية الإعفاء (la théorie des dispenses) . والإعفاءات التي ترد على عبء =

## ٥٧ - نعيم من يقع عليه عبء الإثبات بحكم النظام (التعديل)

الاشتقاق لنوع عبء الإثبات : وغنى عن البيان أن القواعد التي قدمناها في عبء الإثبات قل أن تعتبر من النظام العام ، لأن الكثير منها لم يوضع إلا لحماية المصالح . فمن الجائز إذن ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك ، عند ما يضع القانون

= الإدعاء « نومان : إعفاءات عقلية (dispenses rationnelles) وإعفاءات قانونية (dispenses légales) . فهناك شروط لا بد من توافرها لوجود الحق المدعى به ، ولكنها شروط يجب عقلا وبداعة (sentiment d'évidence) افتراض وجودها إلى أن يقوم في شأنها نزاع . من ذلك الشروط العامة الواجب توافرها في كل دعوى وفي كل حق وفي كل التزام وفي كل عقد . هذه تدخل تحت « الإعفاءات العقلية » ، فحين المدعى من تصديق إدعائه لها إلى أن يتنازع فيها المدعى عليه . أما الشروط التي تميز الحق المدعى به وتخصه فهذه يجب أن يتضمنها الإدعاء . ويدخل أيضاً تحت « الإعفاءات العقلية » المفاهيم المركبة (notions complexes) ك مفهوم البيع ومفهوم الزواج ، فتبقى على ما هي عليه من تركيب ، إلى أن يقع في شأنها نزاع ، فعند ذلك يجب تحليلها (décomposition) إلى العناصر التي تتركب منها . والإعفاءات القانونية « قد ينص عليها القانون صراحة ، كما فعل في النص على افتراض حسن النية ، فحين المدعى من إثبات هذا المنصر . على أن أكثر « الإعفاءات القانونية » لا نص عليها ، ولكنها تستخلص من ثانياً التصريح (elle doit être déduite par l'exégèse) ، بحيث يحدد القانون ، لا إلى تنظيم منصر من عناصر الحق ، بل إلى تنظيم الوضع المخالف له ، يكون على المدعى عليه عبء إثبات هذا الوضع المخالف ، وذلك كما فعل القانون في تنظيم عدم الأهلية والبطان وانقطاع التقادم ووقفه والشرط والأجل والتصنف في استعمال الحق والوصية . ويخلص المؤلف من ذلك إلى وضع القاعدة الآتية في « عبء الادعاء » : « كل المصم الذي يطالب بحق أن يضمن ادعاءه جميع الظروف التي تقابل العناصر المكونة لهذا الحق ، ما لم يوجد لديه إعفاء عقل أو قانون » .

هذا هو « عبء الإدعاء » من حيث المبدأ . أما من حيث التطبيق : فالمدعى إما أن يتوجه بهبه ، فلا يضمن ادعاءه ، بعد جميع الإعفاءات ، العناصر اللازمة ، فيخسر دعواه دون انتقال إلى مرحلة الإثبات . وإما أن يقوم بهبه ، فيضمن ادعاءه العناصر اللازمة . عند ذلك يأتي دور المدعى عليه . وهذا إما أن يتنازع في الوقائع المدعاة ، ف عليه عبء المنازعة (charge de contestation) ، أي عليه أن يتنازع منازعة جلية في أحد العناصر المدعاة ، وإلا كسب المدعى دعواه دون أن ينتقل إلى مرحلة الإثبات . وإما أن يقر بالحق المدعى به ولكن يدعي أن هذا الحق قد انقضى أو لحقه تعديل ، ف عليه في هذه الدعوى المقابلة (contre-action) عبء الادعاء المقابل ، وعليه أن يضمن ادعاءه جميع العناصر المطلوبة ، وعلى المدعى أن يثبت من هذا الادعاء المقابل موقف المنازع أو موافق من يدعي ادعاءه . فإما لا آخر ، وممكن . ويتنسى القاضي إلى تصفية « نقط النزاع » (points litigieux) . وهذه هي الوقائع المنتجة في الدعوى والتي بقيت محل النزاع بين الخصمين . وعند ذلك يحتل القاضي إلى مرحلة الإثبات .

قوية قانونية تنقل عبء الإثبات إلى خصم معين حماية للخصم الآخر ، أن يثق الطرفان مقدماً على إلغاء هذه القرينة ، وإعادة عبء الإثبات إلى من كان يتنعم بها ، فيزول بذلك من الحماية التي منحها له القانون ، ويكون في هذا تعطيل لاتفاق لقواعد عبء الإثبات ، وهو صحيح قانوناً .

ونأتى بأمثلة لذلك : (١) الأصل في الضرر الذي يحدثه الحيوان أن حارس الحيوان هو المستول عنه ، إلا إذا أثبت هذا أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي (١٧٦ مدني) . ولكن يجوز الاتفاق مقدماً على نقل عبء الإثبات إلى

« ب - وعبء الإثبات يقتصر على «نقطة النزاع» بعد حصرها على الوجه المتقدم . فهناك «نقطة نزاع» تختلف عن تصفية ادماء المدعي فيحمل المدعي عبء اثباتها . وهناك «نقطة نزاع» أخرى تختلف عن تصفية ادماء المدعي عليه فيقع عبء إثباتها على المدعي عليه . وهكذا يتوزع عبء الإثبات بين الخصمين ، كل يحمل نصيبه منه . وتتناول نظرية الإطفاء عبء الإثبات كما تناولت عبء االدماء . غير أن الإطفاء هنا لا يكون إلا إطفاء قانونياً (dispense légale) ، أما الإطفاء العقل (dispense rationnelle) فينتج ، لأنه في عبء االدماء لايقوم مع قيام النزاع ، والنزاع هنا قائم فرضاً . فينبغي كل من الخصمين من إثبات الأوضاع المخالفة التي عمد القانون إلى تنظيمها ، وقد سهقت الإشارة إلى ذلك .

وإذا كان الدليل الذي يتقدم به من يحمل عبء الإثبات دليلاً مقنعاً لقاضي ، صدر الحكم لمصلحته . وإذا عجز عن الإثبات ، صدر الحكم ضده . وإذا كان الدليل يشوبه الشك ، فسر الشك لغير مصلحته وصدر الحكم ضده ، وهنا تتبين دلالة حله لعبء الإثبات ؛ هذه هي المخطوط الرئيسية للرأي الذي يتقدم به صاحب الرسالة المتقدمة الذكر . وليس في هذا الرأي نصيب كبير من الابتداع ، وإن كان فيه كثير من الترتيب والتنسيق . فتصفية ادماءات كل من الخصمين قبل الانتقال إلى مرحلة الإثبات ، وتحديد نقطة النزاع بعد هذه التصفية ، وتوزيع عبء الإثبات بين الخصمين ، فيه ترتيب منسق وتسلسل منطقي للمسائل التي ينطوي عليها عبء الإثبات . ولكن المسألة الجوهرية في عبء الإثبات - التي رأينا ديموج وبالجها من طريق فكري الرجحان (vraisemblance) والاضطلاح بأقل مشقة (le moins d'inconvénients) ، رأينا بارتان يوراجيها بالأسر الطبيعية للصنومات (familles naturelles de litiges) ، ويمدح حتى إلى تحميل عبء الإثبات فيها لمن يريد تعديل وضع مكتسب (modification d'une situation acquise) ، ويمدح بارد إلى تحميل هذا العبء لمن يتسلك بواقعة مخالفة للوضع المألوف المعتاد (un fait contre l'état normal et habituel) ، كما يمدح تفييه (Thevenet) إلى تحميل العبء لمن يقوم بظاهر ضده (contre lequel l'apparence existe) - هذه المسألة الجوهرية بمعالجها المؤلفات بنظريته في الإطفاء . وهي نظرية لا تزيد في التعقيد والضيغ من هذه الآراء التي قمتناها ، وقد أسس المؤلف نفسه أنها محطمة بشيء من القموض . ونحن إذا دققنا النظر في نظرية الإطفاء هذه ، - رآها نخرج مما سبق أن قروناه من أن الحكم ينشأ من عبء الإثبات إذا ادعى ما هو ثابت حكماً أو فضلاً .

الضرر . فيصح أن يتفق شخصان شريكان في مرعى واحد على أن كل ضرر يقع من مواشى أحدهما على مواشى الآخر لا يكون الأول مسئولاً عنه إلا إذا أثبت الآخر خطأً في جانبه . (٢) الأصل أن أمين النقل مسئول عن الضرر الذى يحدث أثناء النقل للشخص أو الشيء الذى ينقله ، والمسئولية هنا مسئولية عقدية ، فعلى أمين النقل إذن يقع عبء الإثبات . ولكن يجوز الاتفاق مقدماً - ما لم يكن هذا شرط إذعان - على نقل عبء الإثبات من أمين النقل إلى المتعاقد معه ، فيصبح هذا هو المكلف بإثبات خطأ فى جانب أمين النقل على أساس المسئولية العقدية للمسئولية التصديرية . (٣) إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى (الشرط الجزائى) ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب خطأ (م ٢٣١ مدنى) . ولكن يجوز للطرفين أن يتفقا مقدماً على نقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين ، فيكون للدائن أن يطالب بقيمة الضرر التى تجاوزت قيمة الشرط الجزائى ما لم يثبت المدين أنه لم يرتكب خطأ . (٤) المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يبدله فيه (م ٨٤٤ فقرة ١ مدنى) ولكن يجوز للطرفين أن يتفقا مقدماً على نقل عبء الإثبات إلى المؤجر ، فيكون المستأجر غير مسئول عن حريق العين إلا إذا أثبت المؤجر خطأً في جانبه (٥) ، وبذلك يتحول التزام المستأجر من التزام بتحقيق غاية إلى التزام ببذل عناية (٦) .

وكما يقع التمديل الاتفاقى لقواعد عبء الإثبات مقدماً قبل حصول النزاع على النحو الذى قدمناه ، كذلك يصح أن يقع هذا التمديل أثناء النزاع . فيجوز الخصم لم يكن فى الأصل مكلفاً بإثبات واقعة أن يتطوع لإثباتها ، فإذا أجابه التقاضى إلى طلبه فليس له بعد ذلك أن يحتج بأنه غير مكلف قانوناً بالإثبات . ذلك أن تطوعه لإثبات الواقعة مع سكوت خصمه يكون بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات إليه ، فيلزمه أن يضطلع بهذا العبء . وقد قضت محكمة النقض بأن القواعد التى تبين على أى خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام ، ولذا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وإذن فى كان الطاعن قد طلب من

(١) انظر الدكتور سليمان مرقس فى شرح عقد الإيجار الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ فقرة ٢٢٢

ص ٤١٧ - ص ٤١٨ .

(٢) انظر الجزء الأول من الوسيط فقرة ٤٤٠ ص ٦٧٧ .



المحكمة إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما يدعيه، فليس له أن ينهى بعد ذلك على المحكم باجابه إلى ما طلب ، حتى ولو كان فيما طلب متطوعاً لإثبات ما هو غير ملزم بحمل عبئه<sup>(١)</sup> .

### ثالثاً - طرق الإثبات

#### ١ - ما هي طرق الإثبات (سلطة القصور وسلطة محكمة النقض في شأنها)

#### ٥٨ - طرق الإثبات التي رسمها القانون وأجبراً عليها وقوة كل

لمرعى منها : رسم القانون طرق الإثبات المختلفة. وهي ستة : (١) الكتابة *écrit* (٢) الشهادة أو البينة *témoignage* (٣) القرائن *présomptions* (٤) الاقرار *aveu* (٥) اليمين *serment* (٦) المعاينة *constatation* .

ونبادر إلى استبعاد المعاينة من بين موضوعات القانون المدني ، إذ هي لا تنطوي إلا على إجراءات اصطلاح على جعلها كلها من مباحث قانون المرافعات ، سواء في ذلك ما يتعلق منها بانتقال المحكمة للمعاينة *visite des lieux* (م ١٨٥-١٨٨ مرافعات) أو ما يتعلق بالمعاينة الفنية التي يقوم بها الخبراء *(expertise)* (م ٢٢٥ -

(١) نقض مدني ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٨ ص ٢٠٣ .  
(٢) وتعيين الخبراء من الرخص المرفوعة للقاضي ، فله أن يقدر ما إذا كان لازماً أو غير لازم ، وله بعد أن يتم هذا التعيين أن يأخذ بتقرير الخبراء أو ألا يأخذ به (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢ ص ٦-١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١ ص ١٤-١٠ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٢ ص ٨٤-١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٩ ص ١٣٩-١٢ مارس سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٥ ص ١٠٤٧-٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٣٩ ص ٤١٠-٩ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٨ ص ٨٢٠-١٨ ماي سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٨ ص ٣٠٢-٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٨ ص ٥٠٣ (الأخذ بالجزء غير الباطل من تقرير الخبراء) - أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٦ ص ٥٨١-٣١ ماي سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٣ ص ٧١٤-٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٦ ص ٣٢٧-١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤) . ولكن يجب تعيين خبراء إذا لوجب القانون ذلك (كما فعلت المرافعات إذ قضت الفقرة الثانية من المادة ٢١، في تقدير الدعوى المتعلقة بالمبار ، بأنه إذا كان المقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت قيمته بحسب المستعطلات التي =

٢٥٢ مرافعات) . فتكون طرق الإثبات التي تعالج في القانون المدني هي الخمسة الأولى . وتعين هذه الطرق وتحدد قيمة كل طريق منها من مسائل القانون المدني ، أما الإجراءات التي رسمها القانون للسير في كل طريق فمن مسائل قانون المرافعات ولا شأن لنا بها هنا .

والكتابة من أقوى طرق الإثبات ، ولها قوة مطلقة إذ يجوز أن تكون طريقاً لإثبات الوقائع القانونية والتصرفات القانونية دون تمييز كما سئى . ولم تكن لها هذه القوة قديماً ، بل كان المقام الأول للشهادة في وقت لم تكن فيه الكتابة منتشرة بل كانت الغلبة للأمية ، فكان الاعتماد على الرواية دون القلم . هكذا كان الأمر في الفقه الإسلامي وفي سائر الشرائع . ثم أخذت الكتابة تنتشر ، وساعد على ذلك اختراع الطباعة ، فعلت الكتابة على الشهادة وصار لها المقام الأول . ومن مزايا الكتابة أنه يمكن إعدادها مقدماً للإثبات منذ نشوء الحق دون التبرص إلى وقت المخاصمة فيه ، ولذلك سميت بالدليل المدع *preuve préconstituée* . وقد أوجها القانون بوجه عام طريقاً للإثبات في الأحوال التي يمكن فيها إعدادها مقدماً ، وهي الأحوال التي يكون فيها مصدر الحق تصرفاً قانونياً ، فإن التصرف القانوني يسجل إعداد كتابة لإثباته من وقت صدوره . أما الواقعة القانونية ، وهي عمل مادي ، فقد لا يتيسر إعداد كتابة لإثباتها ، لذلك يجوز بوجه عام إثباتها بجميع طرق الإثبات لا بالكتابة وحدها . ومن مزايا الكتابة أيضاً أنها لا ينطرق إليها من عوامل الضعف ما ينطرق إلى الشهادة ، فالشهود يجوز عليهم الكذب ، وتوزمهم الدقة على كل حال ، وتعرض ذاكرتهم للنسيان . على أن الكتابة ، إذا خلت مما يلحق الشهادة من كلب

= تقدم أو بواسطة غير) ، أو كان تعيين الخير هو الوسيلة الوحيدة للنضم في إثبات مدعاء ضد ذلك لا يجوز رفض تعيين الخير بنهر سبب مقبول ( نقض مدعى ٥ يناير سنة ١٩٢٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٢ ص ١٠٢٠ ) . انظر أيضاً المادة ٨٣٦ مدعى ونقض بأن تندب المحكمة ، إن رأيت وجهاً لذلك ، غيراً لفئة المال الشائع ، وفي الكثرة الغالبة من الأحوال يكون هناك وجه لتعيين الخير .

وتقارن الأساتذة بلانول وريير وبولانيه بين الخير والشاهد . فهما يتوافقان من حيث أن القاضى يعتمد على أقوال كل منهما في تكوين اعتقاده . وهما يتفارقان من حيث إن الشاهد يخبر عن الماضي أما الخير فيقرر عن الحاضر . والأول يقتصر على رواية خبر ، أما الثاني فيبصر رأياً فنياً يبين القاضي على البت في الدعوى . فالخير أقرب إل أن يكون قاضياً من أن يكون شاهداً ( بلانول وريير وبولانيه ٢ ص ٢٢٥٤ ) .

أو اضطراب أو نسيان ، لا تخلو هي أيضاً من احتمال التزوير . وقد رسم قانون المرافعات إجراءات معينة للتعلم في الكتابة بالانكار أو بالتزوير (٢٥٣م-٢٩١ مرافعات) .

أما الشهادة أو البيئة فقد كانت من أقوى الأدلة في الماضي كما قلنا ، ثم تزلت للأسباب التي بينها إلى مكان أدنى . فهي طريق للإثبات ذو قوة محدودة ، إذ لا يجوز إثبات التصرفات القانونية بها إلا في حالات استثنائية ، ولا تثبت بها إلا الوقائع القانونية لأنها أعمال مادية فجاز إثباتها بالبيئة لموقع الضرورة (١) . وقد حاطها المشرع بضمانات عدة ، فرسم إجراءات دقيقة لسماع الشهود ( ١٨٩-٢٢٤ مرافعات ) ، وفرض عقوبة على شهادة الزور ، وترك للقاضي التقدير الأعلى في الأخذ بها إذا أقنعت في أطرافها إذا هو لم يقتنع .

أما القرائن فهي طريق للإثبات غير مباشر ، لأن الخصم لا يثبت فيها الواقعة ذاتها محل النزاع بل واقعة أخرى متصلة بها يرى القانون أو القاضي أن في إثباتها إثباتاً للواقعة الأولى . فيكون الخصم قد أثبت الواقعة الثانية إثباتاً مباشراً ، وأثبت الواقعة الأولى - وهي الواقعة محل النزاع - إثباتاً غير مباشر . والقرائن قسمان : قرائن قانونية يقررها القانون بنص فيه ، وقرائن قضائية يستنبطها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها وله حرية واسعة في تقديرها . والقرائن القانونية إما أن تكون قرائن بسيطة تقبل إثبات العكس ، أو قرائن قاطعة لا يجوز إثبات عكسها (٢) . أما القرائن القضائية فكلها قابلة لإثبات العكس . وإذا كانت

---

(١) ومع ذلك فقد يوجب القانون الإثبات بالكتابة في بعض الوقائع المادية كما فعل في إثبات البتة (٣٢٣ فقرة ٢ و ٣٨١ فقرة ٣ مدني فرنسي) ، وقد يجوز الإثبات بالبيئة في منسوبة تصرف قانوني كالنقل والتدليس والإكراه إذا شاب عيب منها التصرف لأن هذه المبررات ليست في الواقع إلا وقائع مادية (بلانيول وريبير وبولانجه ٢ فقرة ٢١٦٦) .

(٢) يرى أوبري دودو أن الواقعة التي يعتبرها القانون ثابتة بفسل قرينة قانونية قاطعة لا تكون محلاً للإثبات ، ومن ثم لا تكون القرائن القانونية القاطعة طريقاً للإثبات بالمعنى الصحيح . أما القرائن القانونية البسيطة ، وهي التي يجوز إثبات عكسها ، فلا تكون هي أيضاً طريقاً للإثبات ، بل هي طريق لنقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر (أوبري دودو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٧٢) .

وقد قلنا أن القرينة القانونية القاطعة توجب على الخصم إثبات واقعة حصلة بالواقعة على =

القرائن تنطوي في كثير من الأحوال على وقائع مادية ملموسة لا يتطرق إليها الكذب أو الاضطراب كما يتطرق إلى الشهادة ، إلا أنها تقوم على أساليب دقيقة من الاستنباط لا يؤمن فيها العثار . ومن ثم جعلت القرائن ، من حيث قوتها في الاثبات ، بمنزلة الشهادة ذات قوة محدودة ، ولا يجوز قبولها إلا حيث تقبل الشهادة . ولم يرسم قانون المرافعات للقرائن إجراءات معينة ، فجميع الأحكام الخاصة بها أحكام موضوعية وهي متناثرة في جميع نواحي القانون .

أما الاقرار فانه إذا صدر من الخصم على نفسه بحق لخصمه ، لا يكون في الواقع من الأمر طريقاً لإثبات هذا الحق ، بل إعفاء من إثباته ، وزولا من الخصم المقرر من حقه في مطالبة خصمه باثبات ما يدعيه . ولما كان الاقرار زولاً عن حق المطالبة بالاثبات ، فهو من جهة يقبل في الوقائع المادية والتصرفات القانونية على السواء ، وهو من جهة أخرى يكون حجة قاصرة على المقر دون غيره ، فهو وحده الذي يزل عن حق المطالبة بالاثبات، وقد يكذب في إقراره فيقر بشيء في حق نفسه تخلصاً مما هو أشد أو إلحافاً للضرر بشيء . وقد رسم قانون المرافعات إجراءات خاصة تمهد للإقرار ، هي إجراءات استجواب الخصوم

---

٣٣ الزواج . فهناك إذن فصلان : واقعة أصيلة وهي الواقعة محل النزاع ، وواقعة بديلة وهي الواقعة الراجح على الخصم إثباتها ويكون في هذا الإثبات إثبات الواقعة الأصلية . فلهذا يتعلق بالواقعة البديلة ، لا يكون في القرينة القانونية القاطعة إعفاء من الإثبات ، بل هناك إثبات مباشر . أما فيما يتعلق بالواقعة الأصلية ، فإن في القرينة القانونية القاطعة إعفاء من الإثبات المباشر ، وتثبت الواقعة الأصلية ثبوتاً غير مباشر عن طريق إثبات الواقعة البديلة . ولا فرق ما بين القرينة القانونية القاطعة والقرينة القانونية البسيطة ، في هذا الصدد ، إلا في أن الإعفاء من الإثبات المباشر الواقعة الأصلية في القرينة البسيطة هو إعفاء مؤقت لا إعفاء نهائي كما في القرينة القاطعة . إذ أن القرينة البسيطة ، بتفليها عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ، تفصح المجال لإعادة هذا العبء إلى الخصم الأول بعد أن كان قد أثنى من الإثبات ، وذلك إذا ما اضطلع الخصم الآخر بعبء . أما بالنسبة إلى الواقعة البديلة فالقرينة القاطعة والقرينة البسيطة سواء : في الاثنتين يتعين إثبات الواقعة البديلة إثباتاً مباشراً .

ولما كانت العبء في الإثبات إما تكون بالإثبات التي ينصب مباشرة على الواقعة الأصلية ، فقد احبرنا هذا المعنى في القرائن القانونية ، وأثرنا في الترتيب الذي توخيناه أن نجعل هذه القرائن ، لا طريقاً للإثبات ، بل طريقاً للإعفاء من الإثبات ، إذ هي فيما تنص من إثبات الواقعة الأصلية إثباتاً مباشراً ، على وجه نهائي في القرائن القاطعة وعلى وجه مؤقت في القرائن البسيطة .

(interrogatoire) واستحضارهم شخصياً أمام القاضي (comparution personnelle) (م ١٦٦ - ١٧٤ مرافعات).

بقيت البين . ويمكن القول إنها طريق للإثبات من وجوه أربعة : إذا حلفها من وحيث إليه فقد ثبتت حقه بيمينه ، وإذا نكل دون أن يردّها فقد ثبت حق خصمه بنكوله ، وإذا ردّها إلى الخصم فحلف فقد ثبت حق الخصم بيمينه . وإذا ردّها إلى الخصم فلم يحلف فقد ثبت حقه بنكول خصمه . على أن الواقع من الأمر أن البين كالإقرار ليست طريقاً للإثبات ، لأن توجيه البين إلى الخصم أو ردّها عليه إنما هو احتكام إلى ذمته ، فإن حلف كان هذا تحملاً للحق ، وإن كان هذا بمثابة الإقرار . ومن ثم يقبل توجيه البين في الوقائع المادية والتصرفات القانونية على السواء ، شأن البين في ذلك شأن الإقرار . وقد رسم قانون المرافعات الإجراءات اللازمة في تحليف البين (م ١٧٥-١٨٤ مرافعات) .

ورى مما تقدم أن القانون قد عين طرق الإثبات المختلفة ، وحدد لكل طريق قوته ، بمقتضى قواعد وضعمها لذلك <sup>(١)</sup> . فهل تعتبر هذه القواعد من النظام العام لا سلطان للخصوم عليها ، أم هي قواعد قابلة للتعديل بالاتفاق فيما بين الخصوم ؟ هذا ما سنتقل الآن إليه .

---

(١) والخصم أن يختار من طرق الإثبات ما يجهزه القانون . وهو إذا اعطى طريقاً منها ، ولم يوفق فيه أو عدل عنه ، فله أن يلجأ إلى طريق آخر ، وذلك إلا في البين فسرى أن الالتجاء إلى هذا الطريق يعتبر نزولاً عما عداه من الطرق . وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه يجوز للخصم الذي رخص له في إثبات حق متنازع فيه بطريق معين من طرق الإثبات أن يلجأ إلى طرق أخرى لإثبات حقه ، سواء أكان قد عجز عن الإثبات بالطريق الذي سبق الترخيص به أم كان قد عدل عن هذا الطريق بعدم المضي فيه . ومن ثم إذا كان المدعي في دعوى الاستحقاق قد فقد حقه في السير في إجراءات التحقيق ، فلا يترتب على ذلك أنه يفقد حقه في إثبات دعواه بطريق آخر ( استئناف مخطط ٩ فبراير سنة ١٩١٩ م - ٣١ ص ١٥٦ ) . وقضت أيضاً بأنه إذا أقر القاضي اتخاذ طريق من طرق الإثبات ، فإن ذلك لا يمنع الخصم ، وكذلك لا يمنع القاضي ، من الالتجاء إلى طرق أخرى لإثبات أو نفي ما يدعيه الخصوم . وينبغي على ذلك أنه إذا لم يباشر الخبير المحاسب عمله بسبب عدم إيداع الخصم الأمانة المقدرة ، فإن ذلك لا يمنع الخصم المفسر في إيداع الأمانة من أن يستبدل هذا الطريق طريقة أخرى للإثبات . ويتبين من القاضي أن يبحث هذه الطرق ، غاشاً النظر عن الإجراء الذي سبق اتخاذه ولم يتم (استئناف مخطط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٤٤ ص ٥٦) .

٥٩ - الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات<sup>(١)</sup>: يذهب الفقه الفرنسي

إلى القول بطلان هذه الاتفاقات . وحجته في ذلك أن طرق الإثبات تتعلق بمسئ  
تنظيم القضاء والتعرف على خير السبل التي ينتهي بها القضاء إلى الحقائق ، ومن  
ثم تكون القواعد التي تمن هذه الطرق وتحدد قوة كل منها قواعد تتعلق بالنظام  
العام ، ولا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها<sup>(٢)</sup> . بل يذهب فريق من الفقهاء  
في فرنسا إلى بطلان الاتفاقات المتعلقة بقواعد الإثبات كافة ، ليس فحسب  
القواعد المتعلقة بطرق الإثبات ، بل أيضاً القواعد المتعلقة بتحديد الواقعة المراد  
إثباتها وبتمييز من من الخصوم يحمل عبء الإثبات<sup>(٣)</sup> ، وهي القواعد التي  
سبق أن قررنا أنها لا تتعلق بالنظام العام . ولكن القضاء الفرنسي يذهب إلى  
القول بصحة الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات كغيرها التي تتعلق بعبء الإثبات  
وبالواقعة المراد إثباتها . ولا يستثنى من ذلك إلا الاتفاقات الخاصة بقواعد  
لا يخلف أحد في أنها متعلقة بالنظام العام ، كالقواعد الخاصة بإثبات الميلاد  
والوفاة والزواج وإثبات النسب والقواعد الخاصة بوجوب مناقشة الأدلة التي  
يقدمها الخصوم بقوة الأوراق الرسمية ونحو ذلك<sup>(٤)</sup> . وينهض لتوجيه الرأي  
الذي يذهب إليه القضاء الفرنسي اعتباران : أولهما أن الأصل في موقف القاضي  
من الدعوى الحياد كما تقدم القول ، والخصمان هما اللذان يقفان موقفاً إيجابياً ،  
فلهما أن يسيرا على القواعد التي رسمها القانون للإثبات ، ولكن لأحدهما أن  
يخالفها هذه القواعد باتفاق بينهما إلى قواعد أخرى يري أنها أقرب إلى أداء العدالة

(١) انظر في هذه المسألة سيوريانو (Sescioreano) في الإتفاقات الخاصة بإثبات برائة  
دعة المدعى ، رسالة من باريس سنة ١٩٢٥ - ليال (Le Balle) في الاتفاقات الخاصة  
بطرق الإثبات في القانون المدني ، رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ - وسنعود إلى معالجة المسألة من  
ناحية جواز الاتفاق على الإثبات بالبيئة حيث تجب الكتابة أو الاتفاق على الإثبات بالكتابة  
حيث تجوز البيئة عند الكلام في البيئة والقرائن .

(٢) انظر رسالة سيوريانو (Sescioreano) المتقدم ذكرها ص ٣٩ .

(٣) انظر رسالة ليال (Le Balle) المتقدم ذكرها ص ١٣٤ - بيدان وبيرو ٩  
فقرة ١١٥٣ - فقرة ١١٥٤ .

(٤) بيدان وبيرو ٩ فقرة ١١٥٣ .

وتحقيق الحقائق<sup>(١)</sup>. والاعتبار الثاني أن إثبات الحق لا يزيد في الخطر من الحق ذاته ، وما دام صاحب الحق يستطيع الزول عنه ، فكيف لا يستطيع الاتفاق مع خصمه على طريق معين لاثبات هذا الحق !

ومن ثم فقد حكم القضاء الفرنسي بصحة الاتفاق الخاص بإثبات براءة ذمة الوكيل بطرق أيسر من تلك التي رصمها القانون في القواعد العامة للإثبات وفي القواعد الخاصة بمقدد الوكالة<sup>(٢)</sup>. وحكم أيضاً بجواز الاتفاق على الإثبات بطريق أيسر مما قرره القانون ، كالبينة بدلاً من الكتابة<sup>(٣)</sup> ، أو بطريق أصعب<sup>(٤)</sup> ، أو بطريق لم يرسمه القانون<sup>(٥)</sup> ، وهذا ما لم يكن هناك اعتبار واضح من النظام العام<sup>(٦)</sup>.

أما في مصر فيمكن القول بأن الفقه يذهب إلى أن أكثر قواعد الإثبات لا تعتبر من النظام العام . وكان القضاء ، في ظل القانون القديم ، يميز بين الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث يبيع القانون الإثبات بالبينة ، وهذا اتفاق جائز مستثنى ، وبين الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث يحتم القانون الإثبات بالكتابة ، وهذا كان القضاء يميزه إذا تم بعد وقوع الخصومة ولا يميزه إذا أبرم مقدماً قبل

(١) أما إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، وخالف القاضي من تلقاء نفسه القواعد التي رصمها القانون في الإثبات وسكت الخصم ولم يترض ، فلا يعتبر ذلك اتفاقاً بينه وبين خصمه بل مخالفة قواعد الإثبات ، بل نزولاً بارادة متفرقة عن حق الاعتراض (بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٤٢٨ ص ٨٥٦ هامش رقم ٣) . وهذا بخلاف ما إذا تطوع أحد الخصمين لحمل عبء إثبات واقعة لم يكن عليه إثباتها وسكت الخصم الآخر ، فقد قدمنا أن هذا يكون بمثابة اتفاق ، غير أن على تعديل قواعد عبء الإثبات .

(٢) نقض فرنسي ٩ يناير سنة ١٨٦٥ دالوز ١٦٥-١-١٦٠-١٦٠-١٦٠ سريره ١٦٥-١-١٦٠-١٦٠-١٦٠ حكم آخر في ١٧ يولية سنة ١٨٦٦ دالوز ١٦٧-١-١٦٧-١٦٧-١٦٧ سريره ١٦٦-١-١٦٦-١٦٦-١٦٦ .

(٣) نقض فرنسي أول يونية سنة ١٨٩٣ سريره ٩٣-١-٢٨٣-٢٨٣-٢٨٣ حكم ثان في ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٦ سريره ٩٧-١-٣٢٧-٣٢٧-٣٢٧ حكم ثالث في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ سريره ١٩٢٢-١-٢٠٠-٢٠٠-٢٠٠ .

(٤) نقض فرنسي ٨ أغسطس سنة ١٩٠٤ سريره ١٩٠٤-١-٤٨١-٤٨١-٤٨١ .

(٥) نقض فرنسي ٢٠ مارس سنة ١٨٧٦ سريره ٧٧-١-٣٣٨-٣٣٨-٣٣٨ حكم آخر في ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩١ سريره ٩٥-١-٤٠٢-٤٠٢-٤٠٢ .

(٦) نقض فرنسي ١٣ نوفمبر سنة ١٨٩١ سريره ٩٥-١-٤٠٧-٤٠٧-٤٠٧ بلانيول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٤٢٨ - فقرة ١٤٢٩ ص ٨٥٦-٨٥٦ بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢١٩٥ - بيدان ورو ٩ فقرة ١١٥٥ .

وقوع الخصومة . وسنعود إلى هذه المسألة ببيان أوفى<sup>(١)</sup>.

والذي يعيننا هنا أن نبينه هو أنه يمكن القول إجمالاً إن قواعد الاثبات ليست من النظام العام لما سبق ذكره من الاعتبارات التي سقناها في توجيه القضاء الفرنسي . يوجد حقاً من هذه القواعد ما توحى طبيعته أنه من النظام العام ، كأن تكون الورقة الرسمية حجة على الناس كافة إلى أن يظن فيها بالتزوير ، وكأن تكون الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها الثابت ، وكحجية القرائن القانونية القاطعة في كثير من الأحوال . ولكن أكثر القواعد لا تعتبر من النظام العام ، فيصح الاتفاق على ما يخالفها . ومن ثم يجوز الاتفاق على نقل عبء الاثبات كما قلنا . ويجوز الاتفاق أيضاً على ألا تكون للرسائل الموقع عليها ولا للبرقيات وللاذونات والأوراق المترتبة قوة الورقة العرفية من حيث الاثبات (م ٣٩٦ و ٣٩٨ مدني) . ويجوز بوجه عام الاتفاق على عدم إعمال القرائن القانونية البسيطة وهي التي تقبل إثبات العكس . ويجوز أخيراً الاتفاق على أن يكون الاثبات بالكتابة حيث يميز القانون الاثبات بالبيننة ، أو أن يكون الاثبات بالبيننة حيث يحتم القانون الاثبات بالكتابة<sup>(٢)</sup> ، وهذه هي المسألة التي سنتناولها ببيان واف عند الكلام في قوة البيننة والقرائن في الاثبات .

---

(١) وقد قضى كذلك بأنه إذا اشترط المصالحقان إيمان المدين بغير الحال ، فإن الشرط ليس فيه ما يخالف النظام العام ، فهو جائز ، وقد يتردد بعض الناس في الخلف بسبب العقيدة الدينية أو تأنيب القسير إذا ما ظهر له الحق بعد الخلف ( بنى مزار ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٩ المصاحمة ١٩ رقم ٢٥٩ ص ٨٨٢ ) . وقضى بأن الاتفاق في سند المعهونة على عدم أحقية المدين في توجيه المدين الحاشية إلى دأته عن السداد اتفاق جائز قانوناً لعدم مخالفته لنظام العام والآداب ( أسبوت الكلية ١٤ أبريل سنة ١٩٤١ المصاحمة ٢١ رقم ٤٣٧ ص ١٠٤٢ ) . وأنظر في أن قواعد الاثبات ليست من النظام العام ، إلا أن يكون الاتفاق على تمثيلها قد جاء في عقد إذعان حيث يكفل القانون حماية الطرف المذعن الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٠ - ص ٢٢ .

(٢) وقد كان التقنين المدني القديم لا يميز إثبات عقد الإيجار إلا بالكتابة ، وفي رأينا أنه كان يجوز الاتفاق على جواز الإثبات بالبيننة . وتوجب المادة ٦٥٨ من التقنين المدني الجديد أن يحصل الاتفاق على الزيادة في أجر المقاولة بالكتابة إذا كان عقد المقاولة قد أبرم بأجر إجمال على أساس تقسيم متفق عليه ، وفي رأينا أنه يجوز الاتفاق في عقد المقاولة على أن يكون إثبات الاتفاق على زيادة أجر المقاولة بالبيننة دون الكتابة .



## ٦٠ - سلطة محكمة النقض فيما يتعلق بطرق الموثبات : تعيين طرق

الإثبات ، وبيان متى يجوز استعمال كل منها ، وتحديد قوة كل طريق من هذه الطرق ، هذه جميعها مسائل قانون تخضع لرقابة محكمة النقض . ولكن متى قبل القاضي طريق الإثبات الذي رسمه القانون في الوضع الذي أجازته فيه وجعل له قوته المحددة قانوناً ، فإن تقدير مبلغ اقتناع القاضي بالدليل يعتبر من المسائل الموضوعية التي لا تعيب لمحكمة النقض عليها <sup>(١)</sup> . وأخص ما يظهر ذلك في قوة الاقتناع التي تستمد من شهادة الشهود ، وفي القرائن القضائية التي يستنبطها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها ، ما دام قاضي الموضوع قد بين في حكمه الاختيارات المعقولة التي أسس عليها الحكم ، ولم يعتمد واقعة بغير سند ، ولم يستخلص من الوقائع نتيجة غير مقبولة عقلاً . فإن بين حكمه على واقعة لا سند لها ، أو استخلص نتيجة غير مقبولة عقلاً ، كان حكمه معيباً وتعين نقضه <sup>(٢)</sup> .

(١) حل أن هناك أدلة إذا تقدم بها الخصم ، ولم ينفضها خصمه بالثبات العكس ، تصبح دون محصر منطقة للقاضي ، وذلك كالأدلة الكتابية وكشهادات المهاد والرفقة وكالقرائن القانونية الخاطئة كالإقرار وكالتين . أما ما عدا ذلك فالقاضي حر في الأخذ به أو في إطراده وفقاً لما يقدر من ظروف الدعوى ووقائعه ( كولان وكابيتان ومرو انديير ٢ ص ٧٢٠ - بلانول وريير وبولانجه ٢ فقرة ٢١٩٤ - بلانول وريير وجابوله ٧ فقرة ١٤٢٦ ) .

(٢) وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن محكمة الموضوع هي صاحبة الحق في تقدير الدليل الجائز لها الأخذ به دون رقابة محكمة النقض عاجزا في ذلك ، ما دام الدليل الذي تأخذ به مقبولاً قانوناً ، وما لم يكن للدليل حجية ممتدة حددها القانون ، وبفرض أن تبين في حكمها الاختيارات المقبولة التي بنت عليها قضاها ، فلا تعيب واقعة بغير سند لها ، ولا تستخلص من الوقائع نتيجة غير مقبولة عقلاً . فإذا بين القاضي حكمه على واقعة استخلصها من مصادر لا وجود له ، أو موجود ولكنه متناقض لما أثبتته ، أو غير متناقص ولكن من المستحيل عقلاً استخلاص تلك الواقعة منه ، كان هذا الحكم معيباً معيباً نقضه : نقض مدني ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة محر ١ رقم ٥٩ ص ١٣٢ - ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة محر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة محر ١ رقم ٧٢ ص ١٤٢ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة محر ١ رقم ٧٥ ص ١٤٥ تفسير الأحكام التي يستلزم إليها كضخيم سائر المستندات - أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة محر ١ رقم ٧٧ ص ١٤٦ ( كالسلك السابق ) - ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة محر ١ رقم ٩٤ ص ١٧٠ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة محر ١ رقم ١٢٠ ص ٢٠٦ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة محر ١ رقم ١٥١ ص ٢٨٤ ( تفسير سند فامس على أنه من فطن باع المدعي بصفته وكيلاً من المدعي عليه وسله للوكيل لا حل أنه قرض واجب الأداء ) - ٢٨ ديسمبر = ( م ٧ - الوسيط ٢ )

## ب - تقسيم طرق الدلائل (تصنيفات مختصة)

### ٦١ - طرق مباشرة وطرق غير مباشرة : يمكن أن تقسم طرق الإثبات

للمطرق مباشرة (preuves directes) وطرق غير مباشرة (preuves indirectes)

فالطرق المباشرة هي التي تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها .  
ولهذه هي الكتابة والبيئة . فالكتابة تسجل الواقعة المراد إثباتها باللمات ، سواء

= سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ - أول مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١  
رقم ١٦٨ ص ٣٧٨ - ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٥ ص ٨١٥ - ٥ يناير  
سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٢ ص ١٠٢٠ - ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١  
رقم ٣٦٥ ص ١١١٨ - ٩ يونيو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٨ ص ٢٩٨ (تفسير  
الأحكام التي يستند إليها كفسير سائر السندات) - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم  
١٤٢ ص ٤٢٧ - ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٣ ص ٥٩٠ - ٢٢ فبراير  
سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣ ص ٧٤ - ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٩  
ص ٢٦٦ (تفسير الأحكام التي يستند إليها كفسير سائر السندات) - ٢٧ مارس سنة ١٩٤١  
مجموعة عمر ٣ رقم ١١١ ص ٣٣٩ (جواز الاستناد إلى حكم شرعي غير نهائي) - ١٦ أكتوبر  
سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٣ ص ٣٨٣ (جواز الأخذ بهمض الشهادة دون بهمض) -  
٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٧ ص ٤٠٩ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة  
عمر ٤ رقم ٩ ص ١٦ (جواز الاستناد إلى أسباب حكم صادر في خصومة أخرى) - ١٨ فبراير  
سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٧ ص ٥٧ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم  
١٩٩ ص ٤٧٨ (تقدير المحكمة الاستئنافية للشهادة على خلاف تقدير المحكمة الابتدائية  
جائز) - ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٩ ص ٥٨٤ (جواز أن يحمل المراكز  
التي لأحد الشهود وزلة) - ١٠ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢ ص ٤١ -  
٧ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠ ص ١٠١ (جواز الأخذ بهمض الشهادة دون  
بهمض) - ٢٨ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٦ ص ١٤٣ (جواز الأخذ بشهادة لم  
تأخذ بها محكمة جنائية) - ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٨ ص ٢٠٩ (لا حاجة  
لرد على ما لفظته المحكمة من الأدلة) - ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٠  
ص ٢١٨ (القاضي حر في عدم الاستناد إلى شهادة الشاهد دون إيداع الأسباب) - ٢٨ نوفمبر  
سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٥ ص ٢٦٠ (كالحكم السابق) - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦  
مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٤ ص ٢٧٩ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٨  
ص ٤٠٦ (عدم التقيد بالنتيجة التي يسفر عنها تنفيذ الحكم التمهيدي) - ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٧  
مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٩ ص ٤٧٧ (جواز الاستناد إلى طع رسوم انكسر وحوادث الملك قديمة  
مطوعة لما ثبت به الشهود هو وغيره) - ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام مختصة =

كانت تصرفاً قانونياً كما هو الغالب أو كانت واقعة قانونية ، فتكون طريقاً مباشراً لإثبات هذه الواقعة . والشهود ، إذا انصببت شهادتهم على صحة الواقعة المراد إثباتها بالذات ، تصرفاً قانونياً كانت أو واقعة قانونية ، يجوزون هذه الواقعة بطريق مباشر . ويلاحظ أن للعامة والخبرة طريقان مباشران للإثبات ، بل هما الطريقان اللذان يصلان اتصالاً مادياً مباشراً بالواقعة المراد إثباتها ، ولكنهما من مباحث قانون المرافعات كما قدمنا .

والطرق غير المباشرة هي التي لا تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها ، ولكن تستخلص من طريق الاستنباط . وهذه هي القرائن والإقرار واليمين . أما القرائن فقد قدمنا أن الإثبات فيها لا ينصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات ، بل على واقعة أخرى متصلة بها اتصالاً وثيقاً ، بحيث يعتبر إثبات الواقعة الثانية (الواقعة البديلة) إثباتاً للواقعة الأولى (الواقعة الأصلية) استنباطاً . ومن ثم تتطوى القرائن على استبدال (déplacement) محل آخر في الإثبات بالمحل الأصلي . فهي إذن تثبت المحل الأصلي - أي الواقعة المراد إثباتها - بطريق غير مباشر . وكل من الإقرار واليمين لا يعتبر طريقاً مباشراً للإثبات ، فهو وإن تناول

---

= رقم ٢٥ ص ١٥٤ (جواز اطراح بعض شهادة الشاهد) - ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٨ ص ١٧٦ (جواز اطراح بعض الأدلة اكتمل بما اكتسبت به المحكمة من الأدلة التي أضافت إليها) - ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٨ ص ٢٢٢ - ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨٨ ص ٥٧٥ (جواز اطراح بعض شهادة الشاهد) - ٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٢ ص ٥٩٦ (جواز عدم إجابة الطالب إلى طلب التحقيق لإثبات علم المظنون عليه بملكية الطائر المبيع ما دلت المحكمة قد اكتسبت من الأوراق القديمة بما يثبت هذا العلم) - ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٤ ص ٦٨٧ (كالمسك السابق) - ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٠ ص ٨١٢ (كالمسك السابق) - ٤ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٥ ص ١١٠٨ (كالمسك السابق) . انظر أيضاً محكمة الاستئناف العليا ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرضوية سنة ٢٥ رقم ٧٧ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المحظوظة بأنه يجوز للمسكة ، إذا برأت وجباً لذلك ، أن تخلص من الإجراءات والقرائن التابعة في قضية أخرى متنازع في تكوين اصطفاها وذلك على سبيل الاستئناس ، من غير يمين أدبت ، أو إقرار صدر ، أو تحقيق أجري ، أو مستندات قدمت ( استئناف خطوط ٩ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٣٦ - ٢٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٦ - ٢٣ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٩ - ٢٧ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٨٥ ) .

الواقعة المراد إثباتها بالذات ، إلا أن صحة هذه الواقعة لا تستخلص منه مباشرة بل عن طريق الاستنباط . فالإقرار لا يثبت صحة الواقعة المراد إثباتها مباشرة ، بل هو يبنى الخصم من إثباتها ، فتصبح ثابتة بطريق غير مباشر . وكذلك اليمين ؛ إذ هي احتكام إلى عظمة الخصم ، فإن حلف لم يكن هذا معناه أن الواقعة التي حلف عليها هي صحيحة حتماً ، بل تعتبر صحيحة زولاً على مقتضى الاحتكام ، وإن نكل كان نكوله بمثابة إقرار يعنى خصمه من الاثبات ؛ ففي حالة الحلف يكون خصمه قد أضعفه من الاثبات ، وفي حالة النكول يكون هو الذى أضعى خصمه ، وفي الحالتين تكون الواقعة المراد إثباتها قد ثبتت بطريق غير مباشر . ولما كان الإضعاف من الإثبات ، سواء في الإقرار أو في اليمين ، مقصوراً على الخصمين ، فإن حجة الإقرار واليمين حجة قاصرة عليهما غير متعدية إلى الغير . أما حجة القرائن فهي حجة متعدية (١)

٦٢ - طرق مهياة وطرق غير مهياة : ويمكن أيضاً تقسيم طرق الإثبات إلى طرق مهياة (preuves préconstituées) وطرق غير مهياة (preuves casuelles) .

فالطرق المهياة هي التي أعددتها صاحب الشأن مقدماً لإثبات حقه في حالة المنازعة فيه . والطرق المهياة هي عادة الكتابة ، يملأها صاحب الشأن مقدماً لإثبات تصرف قانوني كعقد بيع ، أو لإثبات واقعة قانونية كإبلاذ أو موت أو ميراث . لذلك تسمى الكتابة في هذه الحالة سنداً (acte) لأنها أعدت لتكون دليلاً يستند إليه عند قيام النزاع .

والطرق غير المهياة هي التي لا تهيأ مقدماً ، بل تهيأ وقت قيام النزاع في الحق المراد إثباته . وكل طرق الإثبات فيها هذا الكتابة تكون عادة طرقاً غير مهياة . فالشهود لا تعد في العادة إلا عند قيام النزاع . والقرائن لا تستخلص من وقائع القضية وظروفها إلا أمام القاضي وهو ينظر الدعوى . وكذلك الإقرار واليمين ، لا يجعبدان إلا إذا كانا في مجلس القضاء وقت نظر النزاع . أما الإقرار غير القضائي

(١) بلانجيل وديبير وجايرل ٧ لفرة ١٤٢٤ - بوردو وبارد ٣ لفرة ٢٠٩٧ ص ٤٢٩ - لوكور سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥ .

فإن ثبت بالكتابة كانت الكتابة في هذه الحالة دليلاً مهياً ، وإن ثبت بالبينة فالعبرة بها وهي عادة دليل غير مهياً (١) ، وغنى عن البيان أن العناية والخبرة دليلان لا يتبستان إلا بعد قيام النزاع ونظر الدعوى أمام القضاء .

عل أن الدليل غير المهياً قد يصبح دليلاً مهياً إذا أحله صاحب الشأن مقدماً ، وذلك كالبينة فقد يعد صاحب الحق مقدماً شهوداً على حقه وقت نشوئه ليهيئ الدليل على هذا الحق إذا نوزع فيه . وكذلك الدليل المهياً قد يصبح دليلاً غير مهياً إذا لم يعد في الأصل ليكون دليلاً للإثبات ، وذلك كدفاتر التجار فهي قد أعدت أصلاً لضبط معاملات التجار ولكن قد تستخدم عرضاً كدليل للإثبات . ومن ثم لا تسمى الكتابة سنداً (acte) إلا إذا كانت دليلاً مهياً .

٦٣ - طرق ذات حجية ملزمة وطرق ذات حجية غير ملزمة : ويمكن كذلك تقسيم طرق الإثبات إلى طرق حجبتها ملزمة وطرق حجبتها غير ملزمة .

فالطرق ذات الحجية الملزمة هي الطرق التي حدد القانون مبلغ حجبتها ولم يتركها لمحض تقدير القاضي . وهذه هي الكتابة والإقرار واليمين والقرائن القانونية . وبعض هذه الأدلة حجبتها قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، وهي اليمين والقرائن القانونية القاطعة . وبعضها حجبتها غير قاطعة فتقبل إثبات العكس ، وهذه هي الكتابة إذ تقبل الإنكار والظن بالتزوير ، والإقرار إذ يجوز للمقر أن يثبت أن إقراره غير صحيح ، والقرائن القانونية البسيطة ، إذ يجوز دحضها بإثبات ما عاقلها .

والطرق ذات الحجية غير الملزمة هي البينة والقرائن القضائية . وقد قدمنا أن حجية هذين الطريقتين غير ملزمة للقاضي ، فهو حر في تكوين مبلغ اقتناعه بشهادة الشهود وفي استنباط القرائن القضائية من وقائع الدعوى وظروفها ، ولا رقابة عليه لمحنة النقض في ذلك (٢) .

---

(١) لوبري ورد ١٢قرة ٧٤٩ ص ٩٥ - ص ٩٦ والمواش .

(٢) الدكتور سليمان مرقس في الإثبات ص ٣٥ . وغنى عن البيان أن العناية والمهنية دليلان حجبتها غير ملزمة .

٦٤ - طرق أصلية وطرق تكبيلية وطرق امتيافية : وتنقسم أيضاً طرق الإثبات إلى طرق أصلية وطرق تكبيلية وطرق احتياطية .

فالطرق الأصلية هي الأدلة التي تقوم بذاتها دون أن تكون مكملة لأدلة موجودة . وهي قد تكون كافية وحدها ، كالكتابة وكالبينة والقرائن القضائية . في الوقائع القانونية وفي التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات . وقد تكون غير كافية ولا بد من استكمالها بطرق تكبيلية ، كبداً الثبوت بالكتابة فهو طريق أصلى ولكنه غير كاف ولا بد من استكمالها بالبينة أو بالقرائن القضائية أو بهما معاً<sup>(١)</sup> .

والطرق التكبيلية هي الأدلة التي لا تقوم بذاتها ، بل تكون مكملة لأدلة موجودة . وذلك كالبينة والقرائن القضائية واليمين المتممة ، فهذه يستكمل بها مبدأ الثبوت بالكتابة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات . ويلاحظ أن البينة والقرائن القضائية قد تكون طرقاً أصلية ، وذلك في الوقائع القانونية وفي التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات كما سلف القول ، وقد تكون طرقاً تكبيلية ، وذلك في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة كما قدمنا . ويلاحظ أيضاً أن البينة والقرائن القضائية قد تكون أدلة بديلة لتكبيلية ، فتحل محل الكتابة لانكسارها ، وذلك في حالة وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو يحول دون تقديمه بعد الحصول عليه . ويلاحظ أخيراً أن اليمين المتممة يستكمل بها لا مبدأ الثبوت بالكتابة فحسب ، بل أيضاً أى دليل أصلى آخر يراه القاضى في حاجة إلى استكمال كالبينة والقرائن القضائية في الوقائع القانونية وفي التصرفات القانونية إذا لم ترد قيمتها على عشرة جنيهات .

والطرق الاحتياطية هي الطرق التي يلجأ إليها الخصم عندما يعوزه أى طريق

(١) والمعاينة والخبرة دليلان أصليان ، قد يكتفى بهما القاضى ، وقد يستكملها بأدلة أخرى . أما القرائن القانونية ، فالقاطعة منها أدلة أصلية كافية ، أو هي طرق تمنع من الإثبات إعفاء نهائياً ، ومن ثم فهي طرق تقوم بذاتها وتكفى وحدها . والقرائن القانونية غير القاطعة أدلة أصلية ولكنها غير كافية ، فهي تمنع من الإثبات إعفاء مؤقتاً إذ تقتصر على نقل صلب الإثبات إلى الآخر .

آخر . وهذه هي الإقرار واليمين الحاسمة . فإذا علم الخصم الدليل على دعواه ، لم يبق أمامه إلا أن يلجأ إلى استجواب خصمه سواء يحصل على إقرار منه ، أو أن يوجه إليه اليمين الحاسمة وبذلك يحتمل إلى خصمه . والطرق الاحتياطية قد تنحرف في بعض الأحيان وهذا هو التقليل التام ، ولكنها في الكثرة الغالبة من الأحوال تقضي على من لجأ إليها . ولذلك لا يلجأ إليها الخصم إلا في الضرورة القصوى ، عندما تلجئه الحاجة الملحة إليها . وهي في الواقع ليست طرقاً للإثبات ، بل طرقاً للاحتفاء من الإثبات كما قلنا (١) .

#### ٦٥ - طرق ذات قوة مطلقة وطرق ذات قوة محدودة وطرق مغبية

مع الملاحظات : وتنقسم أخيراً طرق الإثبات إلى طرق ذات قوة مطلقة وطرق ذات قوة محدودة وطرق مغبية من الالتياب :

أما الطرق ذات القوة المطلقة في الالتياب فهي الطرق التي تصلح لالتياب جميع الوقائع ، سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية ، وأيا كانت قيمة الحق المراد إثباته . ولا يوجد من الطرق التي نعالجها ما هو ذو قوة مطلقة في الالتياب على هذا النحو إلا الكتابة ، فهي تصلح لالتياب جميع الوقائع المادية وجميع التصرفات القانونية مهما بلغت قيمة الحق (٢) .

والطرق ذات القوة المحدودة في الالتياب هي الطرق التي تصلح لالتياب بعض الوقائع القانونية دون بعض ، فهي إذن محدودة القوة . وهذه هي البيئة والقرائن القضائية ، إذ هي لا تصلح لإثبات التصرفات القانونية إذا زادت قيمتها على عشرة جنيهات إلا في حالات استثنائية معينة . وكذلك اليمين المتممة لطريق للإتياب ذات قوة محدودة فهي لا تصلح إلا لإتمام دليل ناقص .

(١) من باب ٣ ص ٦٦٦ - ص ٦٩٨ - أوبري ورو ١٢ فقرة ٤٤٩ ص ٦٥ - ص ٩٦ والمواضع .

(٢) ونرى من البيان أن الممانعة والخبرة - وما من مباحث قانون المرافعات كما قلنا - قوتها مطلقة في الإتياب ، إذ يصلحان لإثبات جميع الوقائع المادية وجميع التصرفات القانونية ، أيا كانت القيمة .

والطرق المظية من الاليات هي الاقرار واليمين الحاسمة والقرائن الثانوية، وقد تقدم بيان ذلك. ولا كانت هذه الطرق تقع من الاليات، فهي تصلح للاعطاء من الليات أية واقعة مادية أو أى تصرف تاتوى مهما بلغت قيمته، فهي من هذه الناحية ذات قوة مطلقة<sup>(١)</sup>.

وعلا التقسيم هو أمم التقسيات جميعاً، إذ هو يرتكز على ما لكل طريق من قوة في الاليات، والقوة في الاليات هي التي تخلع على كل طريق قيمته وتميزه من الطرق الأخرى. لذلك نتخله أساساً لاستعراض طرق الاليات المختلفة في أبواب ثلاثة :

الباب الأول - في طرق الاليات ذات القوة المطلقة : الكتابة .

الباب الثاني - في طرق الاليات ذات القوة المحدودة : اليمين والقرائن القضائية<sup>(٢)</sup>

الباب الثالث - في الطرق المظية من الاليات : الاقرار واليمين والقرائن الثانوية .

---

(١) د. ٢ ص ١٩٦ - ص ١٩٨ .

(٢) أما اليمين لصفة فصلها مع اليمين الحاسمة لا تعد أكثر التوارد التي تحكم كلا من اليمينين .



# البينة الأولى

طرق الإثبات ذات القوة المطلقة

الكتابة

٦٦ - المورف والسند والتصرف : يقوم ليس في لغة القانون الفرنسية من شأنه أن يخلط ما بين التصرف وأداة إثباته ، فالشيطان يطلق عليهما لفظ واحد ، هو لفظ (acte) . وقد تسرب هذا اللفظ إلى لغة القانون العربية ، فأطلق لفظ « العقد » على التصرف ، ثم استعمل اللفظ عينه في أداة إثباته فقبل « عقد رسمي » و « عقد عرقي » وقصد بذلك الورقة الرسمية أو العرفية المورقة التي تعد لإثبات التصرف<sup>(١)</sup> .

وحتى لا يقوم هذا اللفظ بقصر لفظ « العقد » على النوع المعروف من التصرفات القانونية . أما أداة الإثبات فلها لفظان في اللغة العربية : السند والورقة . ولما كان لفظ « الورقة » أهم في المعنى من لفظ « السند » إذ السند معناه كما قدمنا الورقة المعدة للإثبات ، أى الدليل المهيأ (preuve préconstituée) ، فالأولى أن نقف عند لفظ « الورقة » ، فنستعمل هذا اللفظ في الأدلة الكتابية جميعاً ، سواء أعدت للإثبات أو لم تكن معدة . ونقول « الورقة الرسمية » و « الورقة العرفية » ، قاصدين بذلك الدليل الكتابي الذي يثبت به التصرف ولو لم يكن معداً للإثبات ، كالرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية . و فرقى ما بين التصرف والورقة المثبتة له ، فقد يكون التصرف صحيحاً والورقة باطلة ، وعلى

---

(١) وقد اقترح الأستاذان أوبير و دو ( جزء ١٢ ، فقرة ٧٥٤ ص ١٥٥ هامش رقم ٢ ) ،  
حتى يرتفع هذا اللفظ ما بين التصرف ذاته (negotium) وأداة الإثبات (instrumentum) ،  
تسمية أداة الإثبات باللفظ الآتي : (acte instrumentaire)

العكس من ذلك قد يكون التصرف باطلا والورقة صحيحة<sup>(١)</sup> .

## ٦٧ - أنواع الأوراق وفونها في الوثبات : والأوراق - كأداة

للإثبات - قسمان : (١) أوراق رسمية (actes authentiques) ، ويقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقاً لأوضاع مقررّة . وهي كثيرة متنوعة : منها الأوراق الرسمية المدنية كذلك التي تثبت العقود والتصرفات المدنية ، ومنها الأوراق الرسمية العامة كالقرارات الإدارية والقوانين والمعاهدات ، ومنها الأوراق الرسمية القضائية كعرائض الدعوى وأوراق المحضرين ومحاضر الجلسات والأحكام - (٢) أوراق عرفية (actes sous seing privé) ، ويقوم بتحريرها الأفراد فيما بينهم . وهي نوعان : (١) أوراق معدة للإثبات كالأوراق المعدّة للإثبات التصرفات القانونية من بيع وإيجار ونحوهما وتسمى أيضاً « بالسندات » (ب) وأوراق غير معدة للإثبات كدفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية والرسائل والبرقيات

والكثرة الغالبة من الأوراق الرسمية والعرفية هي « سندات » أو أوراق معدة للإثبات ، فهي دليل مهيأ (preuve préconstituée) ، وقد تقدم ذكر ذلك<sup>(٢)</sup> . والأصل أن الورقة التي تعد لإثبات تصرف تكسب عقب إبرام هذا التصرف ، فالتبايعان مثلا يبرمان عقد البيع فيما بينهما ثم يعدان ورقة لإثباته . ولكن يقع كثيراً أن المتعاقدين يبرمان العقد وقت كتابة الورقة والتوقيع عليها ، ولا يعتبر العقد قد تم إلا بالتوقيع . بل ليس ما يمنع أن تكسب ورقة إحصاء

---

(١) الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٣٥ - بلانيول وريجر وجابويل جزء ٧ فقرة ١١٣٤ - وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع المنهية ( م ٥٢٧ من هذا المشروع ) في هذا الصدد ما يأتي : « تصرف عبارة السند تارة إلى القرائنة القانونية ، أي العمل لو تصرف القرائن ، وطوراً إلى أداة الإثبات ، أي إلى الورقة التي يجري الإثبات بمقتضاها . وقد رأى أصحاب مجلة الفوعة الرسمية تمييز بين مصدر الخلق أو الالتزام وبين أداة إثباته » . ( مجموعة الأعمال التشريعية جزء ٣ ص ٢٥٢ ) .

(٢) وأكثر ما تعد الأوراق لإثبات التصرفات القانونية (actes juridiques) . ولأن تعد لإثبات الواقع المادية (faits matériels) ، ويبلغ ذلك عادة في التجهيزات التي تعد لإثبات الميلاد والوفاة وفي إعلانات الفوعة وفي المحاضر التي تعد لإثبات الحالة ( بلانيول وريجر دواولميه ٢ فقرة ٢١٩٦ ) .

الإثبات تصرف لم يتم إبرامه ، فلا يعتبر العقد في هذه الحالة قد أبرم بمجرد كتابة الورقة ولو وقعت . وقد قضت محكمة استئناف أسبوط في هذا المعنى بأن « التعاقد لا يعتبر تاماً ملزماً بمجرد تدوين نصوصه كتابة ولو حصل التوقيع عليها ، بل إنه لا بد من قيام الدليل على تلاق لإرادة المتعاقدين على قيام الالتزام ونفاذه ، وهذا ما يقتضى تسليم السند المثبت له لصاحب الحق فيه ، بحيث لو تبين أنه لم يسلم إليه مطلقاً لما صلح هذا الالتزام ، كما أنه إذا تبين أنه قد تحرر مكتوب بالتعاقد ولكنه سلم لأمين فانه يتعين البحث في ظروف وشروط تسليم ذلك المكتوب للأمين» (١) .

والأوراق - رسمية كانت أو عرفية - لها حجية في الإثبات يجعلها القانون ، وهي تتفاوت قوة و ضعفاً . وأقوى الأوراق في الإثبات هي الأوراق الرسمية . فهي حجة على الناس كافة على الوجه الذى سنبينه فيما بعد . أما الأوراق العرفية الملمدة للإثبات فقوتها أقل من قوة الأوراق الرسمية ، إذ هي لا تنهض حجة إذا أنكرها من صدرت منه ، وعند ذلك رسم القانون إجراءات معينة لتحقيق صحة صدورها (٢) . وسنعود إلى هذه المسألة في موضعها ببيان أوفى . والأوراق العرفية غير الملمدة للإثبات لا يكون لها من الحجية إلا القدر الذى يمينه القانون ، كما هو الأمر في شأن الرسائل والبرقيات ودفاتر التجار .

وحجية الأوراق - رسمية كانت أو عرفية - لا تقتصر على ما تنبته هذه الأوراق عن طريق التقرير (disposition) ، بل تتناول أيضاً ما تنبته عن طريق الاخبار (énonciation) إذا اتصل اتصالاً مباشراً بما تنبته عن طريق التقرير . وفي هذا المعنى تنص المادة ١٣٢٠ من التقنين الملقى القرنس على ما يأتى : « تكون الورقة - رسمية كانت أو عرفية - حجة على الطرفين حتى فيما لم تذكره إلا على سبيل الاخبار ، ما دام الاخبار متصلاً اتصالاً مباشراً بما ذكر على سبيل التقرير . أما إذا كان الاخبار أجنياً عن التقرير ، فلا يصلح إلا مبداً ثبوت

(١) استئناف أسبوط ٣ يونيو سنة ١٩٤٨ الحاماة ٢٨ رقم ٨٠٥ ص ٢٧٢ .

(٢) ويجوز أن تصلح الورقة العرفية حجة لغير ، لا لإثبات واقعة معينة فحسب ، بل أيضاً لإثبات تصرف قانونى ، كما إذا حصر الورقة فيما بينهم التركة بمقتضى محضر عرق وأوردوا فيه دعوى تركة ذكروا أنها قد دفعت ، فهذا المحضر يصلح دليلاً للمضى التركة وهم من الغير على أنهم دفنوا دعوتهم ( بلاثبول وريبير وبلبوله ٧ فقرة ١٤٢٦ ص ٨٦٨ حاشى رقم ١ ) .

بالكتابة<sup>(١)</sup> . والورقة المعدة للإثبات إنما أعدت أصلاً لتثبت ما قرره الطرفان من بيع أو إيجار أو وفاة أو تجديد أو غير ذلك من التصرفات القانونية ، وهذا هو ما تنبئ الورقة عن طريق التقرير . ثم إنه قد يرد في الورقة ذكر لبعض الوقائع ليست هي التي أعدت الورقة أصلاً لإثباتها ، ولكنها تتصل بها ، وقد ذكرت على سبيل التمهيد والإيضاح . وثائق الأسانلة بلاثيول وريبير وجابولد<sup>(٢)</sup> يمثلين لما يذكر في الورقة على سبيل الأخبار : (١) ورقة أعدت لإثبات دين قديم ، وذكر فيها على سبيل الأخبار أن فوائد هذا الدين مدفوعة إلى يوم تحرير الورقة . فهذا الأخبار له صلة مباشرة بالدين الذي أعدت الورقة لإثباته على سبيل التقرير ، ومن ثم يكون للإخبار هنا حجية كاملة ، فهو دليل كتابي على الوفاء بفوائد الدين إلى اليوم الذي حررت فيه الورقة . (٢) ورقة أعدت لتجديد مرتب (rente) عن طريق تغيير المدين ، فذكر فيها على سبيل الأخبار أن المدين الجديد يتعهد بدفع المرتب مستقبلاً (pour l'avenir) ، فهذا الإخبار صلتها بالمرتب قبل التجديد صلة غير مباشرة ، ولا يصلح دليلاً كاملاً على أن الحال من أقطاط المرتب حتى يوم تحرير الورقة قد دفعه المدين القديم كاملاً لغيره أن المدين الجديد قد تعهد بدفع المرتب مستقبلاً ، ومن ثم لا يكون للإخبار هنا إلا مبدأ ثبوت بالكتابة يجب استكمالها بالينة أو بالقرائن .

#### ٦٨ - الفروق ما بين الورقة الرسمية والورقة العرفية : وقيل أن

نفصل الكلام في الورقة الرسمية والورقة العرفية ، نورد هنا أبرز ما بينهما من فروق . فالورقة الرسمية تختلف عن الورقة العرفية من ناحية الشكل ومن ناحية

(١) "L'acte, soit authentique soit sous seing privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs pourvu que l'énonciation ait un rapport direct avec la disposition. Les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que de commencement de preuve".

(٢) الجزء السابع فقرة ١٤٢٥ - ويورد الأستاذان أوربي ورو ( ١٢ فقرة ٧٥٥ من ١٧٧ ) مثلاً : مدين بإيراد مؤبد يقر جهلاً بالإيراد في ورقة رسمية ، ويذكر في الورقة عبارة إخبارية مؤداه أن الإيراد قد نقص بسبب دفع جزء من رأس المال أو أن انحطاط الإيراد السابقة قد دفعت جسمها إلى تلويح سجن ، فهذه العبارة الإخبارية تتصل اتصالاً مهيئاً بموضوع الإيراد فتكون لها الحجية إلى حد المدين بالتقرير .

الحجية في الإثبات ومن ناحية القوة في التنفيذ .

١ - فن ناحية الشكل : يشترط في الورقة الرسمية أن يقوم بصهرها موظف عام مختص وفقاً لأوضاع مقررة . أما الورقة العرفية فالشرط الوحيد لصحتها هو توقيع المدعى ، هذا إذا كانت معدة للإثبات ، أما إذا لم تكن معدة فلا ضرورة حتى لهذا التوقيع .

٢ - ومن ناحية الحجية في الإثبات : كل من الورقة الرسمية والورقة العرفية حجة على الكافة (أولاً) من حيث صلورها من موقعها . ولكن الورقة الرسمية لا تسقط حجبها هنا إلا من طريق الطعن بالتزوير ، أما الورقة العرفية فيمكن أن ينكار النسخ أو التوقيع . (ثانياً) من حيث صحتها ما ورد فيها . ولكن الورقة الرسمية حجة إلى حد الطعن بالتزوير فيما ورد على لسان الموظف العام أنه علمه بنفسه ، أما صحتها ما قرره رواية من الغير فيجوز دحضها بالبينات العكس وفقاً للقواعد المقررة ، وتاريخ الورقة الرسمية يحدّد صحتها إلى حد الطعن بالتزوير . والورقة العرفية يجوز دحض صحتها ما ورد فيها جسيماً بالبينات العكس ، لا فرق في ذلك بين ما قرر موقعها أنه علمه بنفسه وما قرره رواية من الغير ، وتاريخ الورقة العرفية يكون حجة على موقعها ولكنه لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان تاريخاً ثابتاً .

٣ - ومن ناحية القوة في التنفيذ : الورقة الرسمية يمكن التنفيذ بها مباشرة دون حاجة إلى حكم ، ويكون ذلك بالصورة التنفيذية للورقة (١) . فيستطيع البائع مثلاً أن يفرض بائنه بموجب الصورة التنفيذية للبيع الرسمي ، كما يستطيع المشتري أن يفرض بحقه في تسليم المبيع . ولا يجوز الشروع في التنفيذ قبل إعلان الورقة الرسمية إلى الخصم ، ويشتمل الإعلان على تكليف المدعى بالرفاء وبيان

(١) أما الأوراق الرسمية الموثقة في المحاكم الشرعية - الإفتاءات - فهذه تضع عليها المحاكم الوطنية لصيغة التنفيذية تلتزم المحاكم الشرعية من أحكامها بتنفيذ ، ولذلك يقوم بتنفيذها عضو المحاكم الوطنية . وعندما كانت المحاكم المختصة قائمة ، كانت الصيغة التنفيذية تطلب من المحكمة المختصة ويقوم بالتنفيذ عضو من هذه المحكمة إذا كان أحد ذوي الشأن في الورقة رسمية أجنبية .

أما في نظام الموثيق الجديد ، فقد جعل قانون الموثيق (٢٠٢٢) وضع لصيغة التنفيذية من اختصاص مكتب الموثيق .

المطلوب منه (م ٤٦٠ مرافعات) . وهذا هو تنبيه بالوفاء (commandement) لايجرد إنذار (sommation) . وينبئ على ذلك أن للمدين أن يعارض في هذا التنبيه ، وأن يقدم بوجه الطعن التي يتمسك بها إلى المحكمة المختصة . وإذا بسىء في تنفيذ الورقة الرسمية جاز للمدين رفع إشكال في التنفيذ لوقفه ، ويكون ذلك أمام محكمة الموضوع (م ٤٧٩ مرافعات) . أما الورقة العرفية فليست لها ، على خلاف الورقة الرسمية ، قوة تنفيذية . فإذا كان سند الدين ورقة عرفية ورفض المدين تنفيذ التزاماته طوعاً ، فإنه لا يمكن إجباره على التنفيذ حتى لو كان معترفاً بالورقة ، إلا إذا حصل الدائن على حكم قابل للتنفيذ ، والحكم لا الورقة هو الذي ينفذ<sup>(١)</sup> . وتفصيل القول في الأوراق من ناحية القوة في التنفيذ هو من مباحث قانون المرافعات .

وننتقل الآن إلى تفصيل البحث في الأوراق الرسمية ثم في الأوراق العرفية على التعاقب :

## الفصل الأول

### الأوراق الرسمية

- ٦٩ - ناعيناه : تناول تفصيل البحث في الأوراق الرسمية من ناحيتين :  
( أولا ) من ناحية شروط صحتها .  
( ثانياً ) من ناحية حجيتها في الإثبات .

## الفرع الأول

### الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة الرسمية

- ٧٠ - التعريف القانوني : تنص المادة ٣٩٠ من القانون المدني على ما يلي :

١ - الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم حل عليه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه .

٢ - فإذا لم تكسب هذه الورقة صفة الرسمية ، فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العادية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بامضاءهم أو بأختامهم أو بصيغاتهم (١) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٧ من المشرع القديم على الوجه الآتي :

١٥ - الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام ، طبقاً للأوضاع القانونية ، وفي حدود سلطته واختصاصه ، ما تم حل عليه أو ما تلقاه من ذوي الشأن . ٢ - فإذا لم تسبق هذه الورقة الشروط الواردة في الفقرة السابقة، فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العادية، بشرط أن يكون قد وقع عليها ذوو الشأن جميعاً بامضاءهم أو بأختامهم أو بصيغاتهم (١) . وفي لجنة المراجعة حدد النص تحريراً نصاً قبله على وجه مطابق لما ورد في القانون الجديد، وأصبح المادة ٥٠٢ من المشرع =

ويقابل هذا النص في التقنين الملئ السابق المادة ٢٢٦/٢٩١ م).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري  
المادة ٥ ، وفي التقنين الملئ العراقي المادة ٤٥٠ ، وفي تقنين أصول المحاكمات  
المدنية اللبناني المادتين ١٥٤ و ١٥٥ ، وفي التقنين الملئ الليبي المادة ٣٧٧ م -

= القائل . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٤٠٣ . وكذلك ضلت لجنة مجلس الشيوخ ومجلس  
الشيوخ تحت رقم ٣٩٠ ( مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٢٥١ - ص ٢٥٤ ) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يلى : «... ويرامى  
أن الفقرة الرسمية لا تكون على الدوام من صنع المصنفين أنفسهم ، فقد يقول الموظف العام  
تجربتها وثقتها دون أن يقتصر عمله على تلقيها . وقد عرضت المادة ١٩٠٥ من التقنين الموطنى  
والمادة ٢٤٢٢ من التقنين البرتالى والمادة ١٢٠٧ من التقنين للكتنى لهذا التفسير . بيد أن  
المشروع لم ير خلا لإزالته . وتتناول الفقرة الأولى من المادة ٢٧٧ بيان الشرطين الواجب  
توفرهما في الفقرة الرسمية . ويرامى أن يبين الشرطين هما قوام ما شرع القانون من ضمانات من  
مرجع ما يتناول لفظة الفقرة من حجية بالغة في الإثبات ، وطلة ليكالم أمرها إلى موظف عام  
يبحث له القانون سلطة وأخصاصاً في هذا الشأن ، سواء من الناحية النوعية أم من الناحية  
المكانية .... وما كانت صفة الدليل غير مظنة من صحة التصرف نفسه أن افترض قرضاً فيه  
شكل خاص ، ففى من البين أن هذه الفقرة لا تنطبق على التصرفات التى تفتقر فيها الرسمية بوضعها  
وكذا من أركان الشكل » . ( مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٢٥٢ - ٢٥٣ ) .

(١) كانت المادة ٢٢٦/٢٩١ من التقنين الملئ القديم تنص على ما يلى : « المحررات الرسمية ،  
أى التى تمحرر بمعرفة للمسودين المخصين بذلك ، تكون حجة على أى شخص ما لم يحصل الإدعاء  
بزور ما هو مدون بها بمعرفة للمسود المحرر لها » . وقد جسع هذا النص بين شروط الفقرة  
الرسمية وحجيتها في الإثبات . فعليه فاصراً في الناحيتين : (١) فن ناحية الشروط ، جاء النص  
فاصراً من حيث إنه أفضل شرط وجوب مراعاة الأوضاع المقررة قانوناً ، ومن حيث إنه لم يبين  
أن اخصاص الموظف العام هو اخصاص نوعى ( وهذا ما عبر عنه التقنين الجديد بالسلطة )  
واخصاص مكالى ، بل أطلق لفظة « المخصين » على كلا النوعين من الاخصاص . (٢) ومن  
ناحية الحجية في الإثبات ، لم يميز النص - كما ميزت المادة ٣٩١ من التقنين الملئ الجديد - بين  
ما يكون حجة إلى حد البين بالزور وما يجوز دحضه بالثبات ممكنه . وسيلقى بيان ذلك  
فيما يلى .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى - قانون البينات السوري م : ١ - الاستناد الرسمية

هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بضمة عامة ، طبقاً للأوضاع القانونية ، وفي  
حدود سلطه وأخصاصه ، ما تم على يده أو ما تلقاه من أول الشأن . ٢ - فإذا لم يعرف  
هذه الاستناد الشروط المقررة في الفقرة السابقة ، فلا يكون لها إلا قيمة الاستناد العادية ، بشرط  
أن يكون ثبوت الثبوت قد وقعوا عليها بحرهم أو بأعظمهم أو بصيات أصابهم . =



## ويعادل في التفتين المدنى الفرنسى المادتين ١٣١٧ و ١٣١٨ (١).

= التفتين المدنى الفرنسى م ٤٥٠ : ١٥ - السندات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بصفة عامة مأم على يده أو تلقاها من ذوى الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه ٢ - فإذا لم يكتب السند صفة رسمية ، فلا يكون له إلا قيمة السند العادى متى كان ذوى الشأن قد وقعوه بأعضائهم أو بأعتائهم أو بيهات أصابعهم .

تفتين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية : م ١٥٤ : « السند الرسمى هو مخطوطة إثباتية صادرة عن مأمور رسمى ذى صلاحية ، وموضوعة وفقاً للقواعد المقررة . أما إطلاق الصفة الرسمية على السند أو عدم إطلاقها عليه فيخضع لقانون المحل الذى أنشئ فيه السند » - م ١٥٥ : « إن السند الرسمى المنشأ خلافاً لقواعد الاستاد الرسمية لوجود عيب فى شكله أو لعدم صلاحية المأمور الرسمى ، يمد كسند ذى توقيع خاص إذا كان محتوياً على توقيعات جميع المتعاقدين ذوى الشأن وإن لم تراعى فيه القواعد المنصوص عليها فى المادتين ١٥٦ و ١٤٧ .

التفتين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٣٧٧ : ١٥ - الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف أو شخص مكلف بصفة عامة مأم على يده أو ماتلقاها من ذوى الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه ٢ - فإذا لم تكتب هذه الورقة صفة الرسمية ، فلا يكون لها إلا قيمة الورقة العرفية متى كان ذوى الشأن قد وقعوها بأعضائهم أو بيهات أصابعهم . ويهبط لإثبات صحة بصفة الأصح أن توضع بمصور شاهدين يوقمان على الورقة » .

ويلاحظ أن لقصوص التفتينات المدنية المصرية تكاد تكون متطابقة ، حتى فى اللفظ ، مع نص التفتين المدنى المصرى . فأحكامها شبيهاً واحدة . إلا أن التفتين اللبناني ، وهو يشترط فى المادتين ١٤٦ و ١٤٧ تمدد التسع الأصلية فى العقود الملزلة للجانبين ووضع عبارة ( صالح لأجل .... ) فى العقود الملزلة لجانب واحد على غرار التفتين المدنى الفرنسى ، يميز تبعاً لذلك فى السند الرسمى الباطل ما إذا كان البطلان راجعاً لوجود عيب فى الشكل أو لانعدام الاختصاص المكاني فيصلح سنداً عرفياً إذا كان موقعاً عليه ، أو كان البطلان راجعاً لغير ذلك من الأسباب فلا يصلح سنداً عرفياً . وسنأت تفصيل ذلك فى مكانه . كما يلاحظ أن التفتين الليبى يشترط لإثبات صحة بصفة الأصح أن توضع بمصور شاهدين يوقمان على الورقة ، ويشترط هذا الشرط فى الورقة الرسمية ، دون الورقة العرفية ( انظر المادة ٣٨١ لىبى ) . ثم أن التفتين الليبى لا يمتد بالغتم كما تمتد به التفتينات العربية الأخرى .

(١) التفتين المدنى الفرنسى م ١٣١٧ : « الورقة الرسمية هي التي تلقاها ، وفقاً للأوضاع الشكلية المطلوبة ، موظف عام له حق التوثيق فى الجهة التي كتبت فيها الورقة » م ١٣١٨ : « الورقة التي لم تكتب صفة رسمية بسبب عدم اختصاص الموظف العام أو عدم أهلية أو لم يثبت فى الشكل ، تكون لها قيمة الورقة العرفية إذا كانت موقعة من الطرفين » .  
ومعنى نص التفتين المدنى الفرنسى فى أصلها الفرنسى :

Art. 1317 : L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, avec les solennités requises. Art. 1318 : L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties.

ويتبين من نص المادة ٣٩٠ من القانون المدني المصري أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها لتكون الورقة الرسمية صحيحة<sup>(١)</sup> .  
(أولاً) أن يقوم بكتابة الورقة أو بتلقيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة .  
(ثانياً) أن يكون هذا الموظف أو الشخص مختصاً من حيث الموضوع (في حدود سلطته) ومن حيث المكان (في اختصاصه) .  
(ثالثاً) أن يراعى في توثيق الورقة الأوضاع التي قررها القانون<sup>(٢)</sup> .  
ونتناول بالبحث كلا من هذه الشروط الثلاثة ، ثم نبث جزاء الإخلال بأى منها .

## المبحث الأول

صدور الورقة الرسمية من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة

٧١ - كيف نصه الموضع الرسمي ونوعها البيانات التي تتضمنها :

تقول المادة ٣٩٠ أن الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم حل عليه أو ما تلقاه من ذوى الشأن . وترجمت هذه

(١) جاء في الموجز المؤلف سابقاً : « ونلاحظ من الآن أن هناك فرقاً بين الورقة الرسمية ، وهي الورقة التي تتوافر فيها الشروط الثلاثة المنظمة ، والورقة المسجلة ، وهي ورقة أعلنت للناس من طريق حفظها في سجل خاص وإخطاء صور منها لمن يريد الإطلاع عليها طبقاً للأوضاع المقررة . وينتهي ألا تخط الورقة الرسمية بالتسجيل . فالرسمية لا تسلبها الشكل أو الزيادة في قوة الإثبات . أما التسجيل فلا يملأه من القيمة . وقد تكون هناك ورقة رسمية غير مسجلة كتكوكيل رسمي ، كما قد تكون هناك ورقة عارية مسجلة كتكوكيل مع عرق مسجل . والرسمية لا تفتى من التسجيل ، فلذا كتب منه البيع في ورقة رسمية ، فلا بد من تسجيله أيضاً حتى يغفل الملكية » . (الموجز ص ٦٥٦ ملحق رقم ١) .

(٢) وتفسير الأسانلة بالاندرول ورجوعه إلى هذه الشروط شرطين آخرين : (أ) أن يكون الموظف العام ، وهو يكتب الورقة الرسمية ، له حق مباشرة وظيفته ، فلا يجوز أن يكون معزولاً أو موقوفاً أو أن يكون قد حل أحد محله . وهذا الشرط مفهوم بذاته من « صفة الموظف العام » . (ب) أن يكون الموظف العام أهلاً ؛ ويكون غير أهل إذا كانت له مصلحة شخصية في الورقة . وهذا أيضاً شرط مفهوم غسماً ويشغل في شروط « الموظف العام » ( بالاندرول ورجوعه وجمهوره ٧ فقرة ١٤٣٧ ص ٨٦٩ ) .

العبارة الأخيرة ، في الترجمة الفرنسية التي قامت بها وزارة العدل للتقنين للملف  
الجنيد ، على الوجه الآتي :

“... constate... des faits qui ont eu lieu en sa présence ou des  
déclarations à lui faites par les intéressés”.

ومعناها : « ... يثبت ... الوقائع التي حدثت في حضوره والأقوال التي أقيمت  
إليه من ذوى الشأن » .

فالورقة الرسمية يكون صلورها إذن من الموظف العام بأن يكون هو الذى  
يجريها . وليس من الضرورى أن تكون مكتوبة بخطه ، بل يكفى أن يكون  
تحريرها صادراً باسمه . ويجب على كل حال أن يوقعها بامضائه .

ويثبت فيها نوعين من البيانات : (١) ما تم على يديه . أى أنه يثبت في الورقة  
الرسمية جميع الوقائع التي وقعت تحت نظره وبمشهد منه خاصة بالتصرف الذى  
يوقعه . فيثبت حضور ذوى الشأن ، وما قام به كل منهم كأن يكون المشتري  
مثلاً سلم الثمن كله أو بعضه للبائع أمام الموثق ، وحضور الشهود أمامه مع ذكرهم  
بأسمائهم ، وتاريخ تحرير الورقة الرسمية ، وتلاوته الصيغة الكاملة للورقة ومرفقاتها  
مع بيان الأمر القانونى المترتب عليها ، وقيام ذوى الشأن والشهود بتوقيعها ،  
وغير ذلك من الوقائع التي تمت بحضوره وتمت بصرفه . (٢) ما تلقاه من ذوى  
الشأن من أقوال وبيانات وتقريرات في شأن التصرف القانونى الذى تشهد به  
الورقة ، أى ما وقع تحت سمعه . فالبائع مثلاً قرر أنه باع شيئاً بحدود معينة بثمن  
معين وتعهد بالتزامات معينة ، وقرر المشتري أنه قبل شراء هذه العين بهذا الثمن  
وأنه من جهته تعهد بالتزامات معينة ، وهكذا .

وسنرى فيما يلى أن التمييز بين هذين النوعين من البيانات — ما وقع تحت  
بصره وما وقع تحت سمعه — له أهمية كبيرة من ناحية حجية الورقة الرسمية ،  
فالنوع الأول له حجية مطلقة إلى حد الطعن بالتزوير ، والنوع الثانى يجوز دحض  
وصحته بآثبات العكس .

٧٢ — موظف عام أو شخص مكلف بمهمة عامة : والموظف العام  
هو شخص عينته الدولة لقيام بعمل من أعمالها ، سواء أجزته على هذا العمل  
كلوقت ، أو لم تجزه كالسنة .

ويتنوع الموظفون العاملون بتنوع الأوراق الرسمية . فالموظف الذى يقوم بتحرير التصرفات هو للأمور الرسمى أو اللوئق ، والموظف الذى يقوم بكتابة الأحكام هو القاضى ، والموظف الذى يثبت ما يدور فى جلسة القضاء من إجراءات ومرافعات هو كاتب الجلسة ، والموظف الذى يقوم بإعلان أوراق المرافعات المختلفة وتنفيذ الأحكام والأوراق الرسمية هو المحضر .

ويبقى الموظف عاماً حتى لو كان يعمل فى إدارة حكومية يقوم عادة بعملها الشركات فى البلاد الأخرى ، ك مصلحة السكك الحديدية ومصلحة البريد . ويترتب على ذلك أن أوراق النقل الخاصة بمصلحة السكك الحديدية وحالات البريد تعتبر أوراقاً رسمية ، ويكون التزوير فيها جريمة لا جناحة . وكذلك حال الموظفين الذين يعملون فى إدارة الأموال الخاصة للدولة ( مصلحة الأملاك ) ، فمعتبر الأوراق التى يكتبونها أوراقاً رسمية . وموظفو وزارة الأوقاف والأشخاص للصنعية العامة الأخرى كالجوامع ودار الكتب ومجالس المديرية والمجالس البلدية والقروية ، كل هؤلاء يعتبرون موظفين عامين .

وليس من الضروري أن يكون من تصدر منه الورقة الرسمية موظفاً عاماً ، بل يمكن أن يكون مكلفاً بخدمة عامة ، وهذا تعديل فى المشروع التمهيدى لتقنين اللقى الجديد أجرة لجنة المراجعة . فالمأفون يقوم بتحرير عقود الزواج وإشهادات الطلاق . والتجبر يقوم بتحرير محضر بأعماله وتقرر يقدمه عن المهمة التى انتدب لها ، وكذلك القسيس فيما يتعلق بزواج المسيحين ، وقضاة المجالس المالية وكتبها فيما يتعلق بأحكام هذه المجالس وبمحاضر جلساتها . وهؤلاء ليسو موظفين عامين ، ولكنهم أشخاص مكلفون بخدمة عامة .

٧٣ - الموظفون العاملون الذين كانوا يقومون بالتوثيق قبل النظام الحالى : أنشئ النظام الحالى للتوثيق فى مصر بمقتضى قانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ ، وعمل به من أول يناير سنة ١٩٤٨ . وقبل أن ينسط أحكام هذا القانون ، نذكر فى إيجاز من هم الموظفون العاملون الذين كانوا يقومون بالتوثيق فى مصر قبل النظام الحالى ، أى إلى آخر شهر ديسمبر سنة ١٩٤٧ . كان المنوط به القيام بالتوثيق العقود والأوراق الرسمية فى مصر جهات ثلاثاً :

(١) كتاب المحاكم المختطة الكلية : وكانوا يصيرون بمثابة موثقين للعدود ويسمون (greffiers-notaires) فيوثقون جميع أنواع التصرفات . ويستوى أن يكون أصحاب الشأن من المصريين أو الأجانب ، إذ كان اختصاص المحاكم المختطة يمتد إلى القريتين . والصيغة التنفيذية التي كان يلم كتاب المحكمة المختطة يضعها على الورقة الرسمية يجعلها صالحة للتنفيذ على المصريين والأجانب جميعاً . فإذا كان التنفيذ على مصريين قام به محضر من المحاكم الوطنية . وإن وجد صالح أجنبي قام بالتنفيذ محضر من المحاكم المختطة .

(٢) قضاء المحاكم الشرعية أو من يجيل هؤلاء القضاة عليه الوثائق من كتاب هذه المحاكم : والأوراق الرسمية التي كانت المحاكم الشرعية تولقها تسمى «إشهادات» ، وهي العقود والتصرفات التي تقرها الشريعة الإسلامية ، سواء كانت تتعلق بالأحوال الشخصية كالوصية والمبة والوقف - أما إشهادات الزواج والطلاق فكانت ولا تزال من اختصاص المأفونين الشرعيين - أو كانت تتعلق بالمعاملات المالية كالبيع والقسمة والوكالة . ويستوى هنا أيضاً أن يكون أصحاب الشأن من المصريين أو من الأجانب . ولم تكن المحاكم الشرعية تضع الصيغة التنفيذية على ما تولقه من إشهادات إذ لم يكن بها محضرون للتنفيذ . وكانت الجهة التي تضع الصيغة التنفيذية على إشهادات المحاكم الشرعية هي المحاكم الوطنية إذا كان ذكور الشأن جميعاً مصريين ، ويقوم بالتنفيذ محضر من هذه المحاكم . أما إذا كان بين ذوى الشأن أجنبي ، فالجهة التي كانت تضع الصيغة التنفيذية هي المحاكم المختطة ، ويقوم بالتنفيذ محضر منها . ولا يزال ، حتى بعد نفاذ النظام الجديد ، للمحاكم الشرعية اختصاص في الوثائق ستذكره فيما يلي .

(٣) كانت المادة ٤٧ من اللائحة القديمة لترتيب المحاكم الأهلية تنص على أنه «يلزم أن يكون بطرف كنية المحاكم الابتدائية دفاتر الرهونات والسجل والقيّد ، ويجب عليهم محرر كافة العقود والمشارطات ، وتكون العقود التي يمررونها في قوة العقود الرسمية ، ويحفظ أصلها بقلم كتاب المحكمة . ولكن هذا النص لم يعمل به ، وبقي مطلاً إلى أن دخل النظام الجديد للوثائق . ولم يبين بالمحاكم الأهلية موظفون للوثائق ولم تنظم له سجلات . فلما عدا بعض المسائل الخاصة بقبول الإقرارات الرسمية وحتى الاختصاص والشفعة . وقد جرى العمل على

توثيق أكثر التصرفات في المحاكم المخططة ، وتوثيق بعضها لا سيما الوقت في المحاكم الشريعة .

## ٧٤ - الموقنونه المعاصره الزيرى بنومونه بالتوثيق في النظام

الحالي : ظهر في العمل صيوب تعدد جهات التوثيق على النحو الذي أسلفناه . فصدر قانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ ، بتاريخ ٢٩ يونية سنة ١٩٤٧ (الوقائع المصرية عدد ٣ يولييه سنة ١٩٤٧) ، وللمصول به من أول يناير سنة ١٩٤٨ ، يوحد جهات التوثيق ويحدد تنظيمه . وتقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون : « وإذ كانت هذه الحالة (١) لم تعد موافقة لظروف العصر ، فقد اتجه الرأي من زمن إلى وضع نظام ثابت للتوثيق تتوحد به جهاته وتنظم شؤونه على وجه يكفل تحقيق الطمأنينة التامة على الحقوق واستقرار المعاملات » .

وقد قضى قانون التوثيق ولائحته التنفيذية بتوحيد جميع جهات التوثيق في جهة واحدة ، ليست هي أيأ من المحاكم المتقدمة الذكر ، بل هي مكاتب مستقلة (٢) تتولى توثيق المهررات التي يقضى القانون بأن يطلب المتعاقدون توثيقها .

(١) أي حال تعدد جهات التوثيق . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق تمهيداً لهذه الإفادة ما يأتي : « ولم يلب من المشرع المصري ما للتوثيق من طعم الأثر في تثبيت المعاملات ، فقد نص في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المساعدة في سنة ١٨٨٠ على توثيق جميع الإيضاحات كما نص على ذلك في الواقع الحالية التي صدرت في سنة ١٨٩٧ و ١٩١٠ و ١٩٢١ . ولما أنقضت المحاكم المخططة نص في المادة ٣٢ من لائحة ترتيبها على أن التصديقات والمهايات ومطود إنشاء القرن والمطود النافذة للملك التي تم أمام كاتب المحكمة الابتدائية يكون لها قوة المطود الرسمية . وأنه وإن كان التوثيق لم ينص عليه بلفظ في هذه اللائحة ، فإنه قد وضعت لتنظيم إجراءاتها تعليمات لأقسام الكتابية صدر بها أمر على في فبراير سنة ١٨٧٦ . وجرى العمل على أن يقوم بالتوثيق أحد كتاب المحكمة . وعند إنشاء المحاكم القرطونية نص في المادة ٤٧ من لائحة ترتيبها على أن كتاب المحاكم الابتدائية يجب عليهم تحرير جميع المطود وأن المطود التي يبررونها تكون في قوة المطود الرسمية . ولكن هذا النص لم يجره العمل في الواقع إذا استثنينا ما كان من قبول الإجراءات الرسمية في بعض حالاته . وإذ كانت هذه الحال لم تعد موافقة لظروف العصر ... » .

(٢) وقد نصت المادة ١١ من قانون التوثيق على أن « تلتزم أقسام التوثيق بالمحاكم القرطونية والمخططة ، وصال إلى مكاتب التوثيق جميع أصول المطود الموثقة والقرائن والمهايات المتعلقة بها » . أما التوثيق في المحاكم الشرعية فلا يزال قائماً في نطاق شقيق كما سيأتي . وقد جلق المذكرة الإيضاحية للقانون التوثيق في هذا الصدد : « ونفس المادة الحالية مطرة (وصحفاً الخاطئة مطرة) على إلغاء =

وتحول توثيق جميع هذه المحررات ، هذا ما كان منها متعلقاً بالوقف (١) والأحوال الشخصية للمسلمين (٢) فيبقى توثيقها كما كان المحاكم الشرعية (٣) . أما التوثيق المتعلق بالأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين فيكون مع غيره من أمور التوثيق من اختصاص هذه المكاتب الموحدة . ولكن غير المسلمين من الأجانب يكون لهم الخيار في توثيق أوراقهم المتعلقة بالأحوال الشخصية بين مكاتب التوثيق أو جهاتهم القنصلية ، إذ الشكل في قواعد القانون الدولي الخاص قد يخضع للقانون الوطني المشترك (م ٢٠ مدني) كما يخضع لقانون البلد الذي تمت فيه أو قانون الموضوع أو قانون موطن المتعاقدين (٤) .

== أقدم التوثيق بالمحاكم القرنية والمنطقة . ولما كان المشروع قد احتفظ بالمحاكم الشرعية كجهة توثيق في الحالات المبينة التي سبقت الإشارة إليها في المادة الرابعة ، فقد اكتفى بأن يلقى من أقدم التوثيق من هذه المحاكم كل ما يدخل ضمن اختصاص مكاتب التوثيق الجديدة ، وبهذا يمنع حل أقدم مكاتب المحاكم الشرعية توثيق أي محرر لا يدخل في نطاق المسائل التي استقيت لها في هذا المشروع . وتنص المادة المذكورة حل إلغاء أقدم التوثيق وإسالة أصول العقود الموثقة والقوائم والمقارن المتعلقة بها إلى مكاتب التوثيق الجديدة ، ومن المفهوم بالبداهة أن إجراء موجب الإلغاء وتنظيم ما يتعلق به موكول إلى وزير العدل .

(١) حل أنه فيما يتعلق بالوقف وما يتعلق به من تمكين فيما لا نزاع فيه أن ما كان منه ذا صفة مدنية كإجارة الوقف يوثق أمام المكاتب الجديدة ( المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق ) . وفيه من البين أن اختصاص المحاكم الشرعية في توثيق المحررات المتعلقة بالوقف قد قلت أهميته كثيراً بإلغاء الوقف الأجل ، ولم يبق الآن إلا الوقف الخيري تبأثر فيه هذه المحاكم اختصاصها بالتوثيق .

(٢) وأهمها الإقرار بالنسب ونفيه . أما الزواج والطلاق وما يتعلق بهما فيوثق بمحرماتها القانون الفرعي وهو تابع للمسكنة الشرعية .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق في هذا الصدد ما يلي : « وقد كان مقصود توحيد جهات التوثيق أن تكون مكاتب التوثيق الجديدة هي التي تحول توثيق جميع المحررات أيما كانت . إلا أنه لاجتماعات عامة بالمحاكم الشرعية قد احتفظ المشروع بهذه المحاكم كجهة توثيق في نطاق سبق ، فنصت المادة (الثالثة) حل إخراج المحررات المتعلقة بالوقف أو بمراد الأحوال الشخصية من اختصاص مكاتب التوثيق ، وبذلك يستمر توثيقها في المحاكم الشرعية . والمقصود بالأحوال الشخصية في هذا المقام هو مسائل الزواج والطلاق وما يتعلق بها والإقرار بالنسب ونفيه ... ثم تقول المذكرة الإيضاحية بعد ذلك : « وأخيراً فإن هذا المشروع وإن لم يوسع جهات التوثيق توسيحاً كلياً للاجتماعات التي سبق بيانها ، إلا أنه قد غطا خطوة كبيرة في سبيل هذا التوحيد ، وحق بذلك أنه طالما جالت في الخواطر . »

(٤) وله جد في المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق في هذا الصدد ما يلي : « وتقتضي المادة ==

أما الموظفون العامون الذين يقومون بالتوثيق في النظام الجديد فهم - هذا قضاء المحاكم الشرعية وكتبتها والمأذونين الشرعيين فيما يتعلق بالوقف والأحوال الشخصية للمسلمين ، وهذا القنصليات الأجنبية عند اختيارها فيما يتعلق بالأحوال الشخصية لغير المسلمين الأجانب - موظفون معينون لهذا الغرض ، إذ تنص المادة الأولى من اللائحة التنظيمية لقانون التوثيق على أن « يقوم بالتوثيق موظفون وموظفون مساعدون معينون بقرار من وزير العدل » .

ويتبين مما تقدم أن الذين يقومون بالتوثيق في مصر هم ، كتعاقد عامة ، موظفون عامون يعينهم وزير العدل . وكانوا قبل ذلك أيضاً موظفين عامين يعينهم وزير العدل في المحاكم المختلطة وفي المحاكم الشرعية . أما في فرنسا فيقوم بالتوثيق طائفة تسمى « بالموثقين » (notaires) ، ولم نظم خاصة ، وماضى بعيد ، وتقاليد قوية . وهم ليسوا بالموظفين الذين يتقاضون أجراً من الدولة ، بل يؤجرون على أعمالهم من أصحاب الشأن ، شأنهم في ذلك شأن المحامين ومحضري القضايا (avoués) وسائر أصحاب المهن المنظمة رسمياً (officiers ministériels) ، ويوجد لهم نظير في بعض البلاد العربية يسمى بالكاتب العدل . وأقرب نظير لهم في مصر هم المأذونون الشرعيون ، إذ لا يتقاضى هؤلاء أجراً من الدولة ، وإن كان اختصاصهم محصوراً في دائرة الأحوال الشخصية للمسلمين وفي بعض نواحيها ، ليشيق اختصاصهم كثيراً بل ويختلف عن اختصاص الموثقين في فرنسا (١) .

== المذكورة (الثالثة) بأن هذه المكاتب توثق المحررات المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المسلمين . إلا إنه بالنسبة إلى الأجانب يكون لهم الخيار في توثيق محرراتهم المتعلقة بأحوالهم الشخصية لدى مكاتب التوثيق أو لدى جهاتهم القنصلية تطبيقاً لقواعد القانون الدولي الخاص . . ويلاحظ أن توثيق الأوراق الرسمية المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين لغير المسلمين في مكاتب التوثيق لا يتمارض مع ما تستوجبه قوانين أحوالهم الشخصية من شروط أخرى لصحة تصرفاتهم في هذه المسائل ، فتدخل الكنيسة في عقود الزواج وعدم إباحة الطلاق أو إباحته في حدود ضيقة يبقى معمولاً به ، ولا يجوز الاكتفاء بتحرير ورقة رسمية في مكتب التوثيق بزواج أو طلاق حتى يصبح هذا أو ذاك ( انظر الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٤٦ هامش رقم ٢ ) .

(١) ونظام الموثقين (notaries) نظام فرنسي يحض . أريد تنظيحه في عهد الثورة بقانون ١٥ غاتنوس السنة الثامنة . ولا يزال هذا القانون معمولاً به حتى اليوم ، وإن كان قد عدل بقوانين ٢١ يولية سنة ١٨٤٢ و ١٢ أغسطس سنة ١٩٠٢ و ٢١ فبراير سنة ١٩٢٦ . ويهتة المحرق في فرنسا مهنة منظمة تنظيمياً دقيقاً وتخضع لرقابة شديدة .



## المبحث الثاني

اختصاص الموظف من حيث الموضوع ومن حيث المكان

### المطلب الأول

اختصاص الموظف من حيث الموضوع

٧٥ - المقصود « بالسطة » في نص المادة ٣٩٠ : لا يمكن لصحة الورقة الرسمية أن يقوم بتحريرها موظف عام ، بل يجب أيضاً أن يكون هذا

= اختصاص الموظف (notaire) الموضوع اختصاص عام شامل . فهو وحده الذي يوثق العقود والتصرفات ما بين الأفراد . وقال أن يوثق هذه العقود والتصرفات غيره ، فقد يقع أن يسجل اتفاق ما بين خصين أمام المحكمة في محضر الجلسة أو يصطلح خصيان أمام قاضي المصلحات (Juge de paix) فيسجل هذا الصلح في محضره ، ولكن هذا نادر . وتندم أطلية الموثق إذا وقع من حله أو حل غيره حله . كذلك تندم أطلية إذا وثق ورقة له فيها مصلحة شخصية ، هو أو أحد أقاربه أو أصداءه فرعاً وأصلاً ، والمحاشي للدرجة الثالثة . أما الاختصاص المكاني فينسب وينسب بحسب الأحوال ، فن الموظف من يتناول اختصاصه دائرة محكمة من محاكم الاستئناف ، ومنهم من يتناول اختصاصه دائرة محكمة ابتدائية (arrondissement) ، ومنهم من يتناول اختصاصه دائرة إحدى محاكم الصلح (canton) .

ويوثق الموثق الورقة من أصل (minuta) ونسوخ (copies) ، ويحفظ بالأصل ويسلم النسخ إلى أصحاب الشأن . وهناك نوعان من النسخ : النسخة التفتيلية (grosse) وتوضع عليها الصيغة التفتيلية وتسلم للطرف الذي له مصلحة في التفتيل ، والنسخة الأصلية (expédition) ولا توضع عليها الصيغة التفتيلية وتسلم لكل ذي شأن . وهناك أوراق معدودة الأهمية ، كالتوكيدات والمعاملات بالأجرة ، تنحدر من أصل (brevet) دون نسخ ، ويسلم الأصل لصاحب الشأن . وجميع الأوراق الموثقة يجب تسجيلها في خلال مدة قصيرة (١٠ أيام أو ١٥ يوماً) حتى يمتنع كل الموثق تقديم تاريخها وعدم تسجيل الورقة لا يكون سبباً في بطلانها ، بل ولا في عدم ثبوت تاريخها ، فتاريخ الورقة الموثقة - لا تاريخ التسجيل - هو التاريخ لثابت الرسمى . ولكن يعاقب الموثق الذي لا يقوم بتسجيل الورقة ، وعقوبته للفراسة .

وللموثقين آداب يطاعونها مباشرة من عملهم ، وتحدد المراسم .

(انظر في نظام الموثق في فرنسا برونه وهارد ٣ بقرة ٢١١٢ - بقرة ٢٢٥٨ ص ٤٩٤ -

ص ٩٦ - بلانول وريجو وجابريك ٧ بقرة ١٤٣٨ - بقرة ١٤٤٨ ص ٨٧٠ - ص ٨٨٥).

الموظف مختصاً بكتابتها من حيث الموضوع . وتشترط المادة ٣٩٠ السابق إيرادها أن يكون الموظف العام قد عمل « في حدود سلطته واختصاصه » . وفي رأينا أن المقصود « بالسلطة » في هذا النص جملة أمور : (١) ولاية الموظف العام من حيث قيامها (٢) أهلية الموظف العام من حيث عدم قيام مانع شخصي به يجعله غير صالح لتوثيق ورقة بالذات (٣) الاختصاص الموضوعي للموظف العام من حيث نوع الأوراق الرسمية التي يجوز له أن يقوم بتوثيقها . وهذا كله يدخل في « سلطة » الموظف العام<sup>(١)</sup> . أما « الاختصاص » فنرى نهره على الاختصاص المكاني الذي سنتقل إليه فيما يلي<sup>(٢)</sup> :

ونستعرض هذه الأمور الثلاثة متعاقبة : الولاية والأهلية والاختصاص الموضوعي .

**٧٦ - الوظيفة :** يجب أن تكون ولاية الموظف المختص قائمة<sup>(٣)</sup> وقت تحرير الورقة الرسمية . فإذا كان قد عزل من وظيفته ، أو وقف عن عمله ، أو نقل منه ، أو حل غيره محله على أي وجه آخر ، فإن ولاية تزول ، ولا يجوز له مباشرة عمله . وتكون الورقة التي يحررها عندئذ باطلة للإنحلال بشرط من شروط «حدا»<sup>(٤)</sup> . على أنه إذا كان الموظف لم يعلم بالعزل أو الوقف أو النقل أو انتهاء الولاية ، وكان ذوو الشأن هم أيضاً حسي النية لا يعلمون بشيء من ذلك ،

(١) وإذا اعترض على هذا التفسير بأن النص ذكر ، إلى جانب «السلطة» ، لفظ «الاختصاص» مطلقاً فيشمل كلا من الاختصاص الموضوعي والاختصاص المكاني ، كان ردنا أن إيراد النص لفظ «السلطة» متقدماً على لفظ «الاختصاص» يقتضي أن يكون لكل لفظ معناه ، وسلطة الموثق في التوثيق لا تقتصر على ولايته فحسب بل تشمل أيضاً مدى هذه الولاية من حيث نوع الأوراق التي يوثقها ، فهو سبط على توثيق أوراق رسمية معينة . ومن ثم فقد أثرتنا أن ندخل الاختصاص الموضوعي للموثق تحت لفظ «السلطة» ، ونجعل معه «الاختصاص» مقصوراً على الاختصاص المكاني .

(٢) قارن الأستاذ أحد منشآت في الإثبات فقرة ١٠٥ — والله كذا سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٤١ .

(٣) وحتى يستطيع الموثق مباشرة ولايته في التوثيق ، يجب حبه تعيينه وقبل مباشرة أعماله أن يحلف الممين على الوجه المبين في المادة ٣ من اللائحة التنفيذية لقانون الموثيق .

(٤) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٥٦ .

فإن الورقة الرسمية التي يمررها الموظف في هذه الظروف تكون صحيحة رعاية  
لوضع الظاهر المصحوب بحسن النية<sup>(١)</sup>.

وتطبيقاً لحماية الوضع الظاهر يكفي أيضاً أن يكون الموظف قد ولى وظيفته  
ولو في الظاهر، حتى لو كان تميته في هذه الوظيفة قد وقع مخالفاً للقانون، فإنه  
في هذه الحالة يعتبر موظفاً فعلياً (fonctionnaire de fait)، أي موظفاً من حيث  
الواقع. ويعتبر أيضاً موظفاً فعلياً الموظف الذي عينته سلطة غير شرعية قد استقر  
سلطانها، كحكومة الثورة أو حكومة دولة أجنبية غازية. ففي جميع هذه  
الأحوال يكون توثيق الموظف المعين تميته باطلاً أو المولى من قبل سلطة غير  
سريعة توثيقاً صحيحاً، تطبيقاً لنظرية الموظف الفعلي وهي نظرية معروفة في القانون  
الإداري<sup>(٢)</sup>.

#### ٧ - الوظيفة<sup>(٣)</sup> : متى ثبت الموتى الولاية على النحو المتقدم،

وجب أن يكون، بالنسبة إلى كل ورقة رسمية يوثقها، أهلاً لتوثيقها. وهو  
في الأصل أهل لتوثيق جميع الأوراق الرسمية التي تدخل في اختصاصه. غير أن  
اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق سلبت الأهلية في أية ورقة رسمية باللائحة تكون له  
فيها مصلحة شخصية أو تربطه بأصحاب الشأن فيها صلة معينة من قرابة أو مصاهرة.  
فمنعت المادة الرابعة من هذه اللائحة على أنه «لا يجوز للموتى أن يباشر توثيق يحد  
بخصه شخصياً أو تربطه بأصحاب الشأن فيه صلة مصاهرة أو قرابة لزيادة  
الدرجة الرابعة».

فلا يجوز إذن أن يكون للموتى نفسه طرفاً في الورقة الرسمية التي يوثقها، بالخاصة  
أو مشترطاً في عقد بيع مثلاً، أو وكلاً أو موكلًا في عقد وكالة، أو نحو ذلك.

---

(١) أوبري ورد ١٢ لفرة ٧٥٥ ص ١٥٦ جلد ٧ - بوردو وبارد ٣ لفرة ٢٠٧٠ ص ٤٢٢ ولفرة ٢١٠٧ ص ٤٦٢.

(٢) أوبري ورد ١٢ لفرة ٧٥٥ ص ١٥٧ - بوردو وبارد ٣ لفرة ٢٠٧٢ ص ٤٢٤.

(٣) لتصل لفظة «الأهلية» هنا سيرة التعبير الدارج، وإلا فقد فُتحت في الجزء الأول من  
هذا الرصيد (لفرة ١٤٧) أن الأهلية بالموتى تصبح منغلقة التبريد، أما ما سلكه هنا فليس  
إلا ما نأى قانونية تمنع الموتى من توثيق ورقة رسمية معينة باللائحة.

لا يجوز له ذلك لابقضه ولا بشخص سخر عنه ، كأن يكون البائع أو المشتري يبيع أو يشتري لحسابه ولو بغير توكيل ظاهر . ولا يجوز بوجه عام أن تكون له مصلحة شخصية مباشرة في الورقة التي يوثقها ، كأن يكون شريكاً للوى الشأن في الصفقة التي تنبئها الورقة الموثقة (١) ، فإن المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية ، عند ما سلطت الأهلية في الحالات التي نصت عليها ، كان ذلك لرفع مظنة المحاباة أو التأثير في إرادة أحد المتعاقدين ، كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذه اللائحة ، ومظنة المحاباة أو التأثير قائمة إذا وجدت للموثق في الورقة التي يوثقها مصلحة شخصية مباشرة . وجزاء ذلك بطلان الورقة الرسمية ، حتى في الأجزاء التي لا مصلحة للموثق فيها

كذلك لا يجوز أن يكون بين الموثق وأصحاب الشأن صلة قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة ، دفعا لمظنة المحاباة أو التأثير . فلا يجوز للموثق أن يوثق ببعث مطلقا يكون فيه البائع أو المشتري فرعا أو أصلا له لغاية الدرجة الرابعة ، بدخول الضاية ، أو يكون أختا أو أخا أو فرعا لأبها لغاية الدرجة الرابعة ، أو يكون عمّا أو عمة أو خالا أو خالة أو ولدا لأبهم كذلك . ومثل القرابة المصاهرة . فلا يجوز أولا - ولو من غير نص صريح في المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق - أن يوثق الموثق لزوجه أو لزوج . ثم لا يجوز له بعد ذلك أن يوثق لأحد من أقارب زوجته أو لوجه لغاية الدرجة الرابعة على النحو الذي قلناه ، لقيام صلة المصاهرة بين الموثق وهؤلاء (٢) .

---

(١) كما لا يجوز له أن يوثق أوراقا رسمية لشركة ساحة يصل عددا كبيرا من أسهمها ، ولا أن يكون كاتبا أو وكلا أحد ذوي الشأن في الورقة التي يوثقها (بلايول دويير وجابول ٧ فقرة ١٤٤٠) .

(٢) وقد تم الصلح بوكيل ، وتنص المادة السادسة من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على أنه فإذا تم الصلح بوكيل ، قبل الموثق أن يتأكد من أن مضمون المحرر المطلوب توثيقه لا يجوز حدود الوكالة . ولكن يصح أن يكون الوكيل من جهة الموثق صلة القرابة أو المصاهرة ، ولو للدرجة الرابعة ، ولا تكون الورقة الرسمية باطلة لهذا السبب . ويختلف هذا الوضع عن الوضع الذي يكون فيه الموثق نفسه وكلا من ذوي الشأن ، فقد قلنا أن الورقة الرسمية تكون باطلة في هذه الحالة لوجود مصلحة شخصية للموثق . وفي من البيان أن الورقة لا تكون باطلة إذا ربط الوكيل بالمصالح للشأن واجبة قرابة أو مصاهرة ولو للدرجة الرابعة .

وتنص المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على أنه « لا يجوز توثيق محرر إلا بحضور شاهدين كامل الأهلية مقيمين بالملكية المصرية ولهما إلمام بالقراءة والكتابة ولا صالح لها في المحرر المطلوب توثيقه ولا تربطهما بالمتعاقدين أو بالموتق صلة مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة ». فيجب إذن ألا يكون بين الموتق وشاهدى الورقة الرسمية صلة قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة على النحو الذى قدمناه فيما يتعلق بأصحاب الشأن فى الورقة الرسمية ، فهم والشاهدان من هذه الناحية بمنزلة سواء<sup>(١)</sup> . ولكن لا يشترط انشاء صلة القرابة أو المصاهرة لغاية الدرجة الرابعة فيما بين الشاهدين نفسيهما .

٧٨ - اختصاص الموضوعى : ويجب أن يكون الموتق مختصاً من الناحية الموضوعية بنوع الورقة الرسمية التى يقوم بتوثيقها والموتق ، طبقاً للمادة الأولى من قانون التوثيق ، يختص بتوثيق جميع المحررات التى يقضى القانون أو يطلب المتعاقدون توثيقها . فكل تصرف قانونى يشترط القانون فيه ورقة رسمية ، كالمبة والرهن الرسمى ، يختص الموتق بتوثيقه . وكذلك جميع التصرفات القانونية التى لا يشترط فيها القانون ورقة رسمية ، بل تكون تصرفات رضائية ويجوز إثباتها فى ورقة حرية ، كالبيع والإيجار والوكالة والقسمة والصلح ، يجوز لأصحاب الشأن إثباتها فى ورقة رسمية ، وعندئذ يكون الموتق مختصاً بتوثيقها . ولا يخرج من الاختصاص الموضوعى للموتق إلا الوقف والأحوال الشخصية للمسلمين فهذه يكون التوثيق فيها من اختصاص الحاكم الشرعية

(١) وتلقى الفقرة التالية من المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق عنوان الاستدلال بالشاهدين اللذين يرفقان شخصية أصحاب الشأن (انظر المادة السابقة من اللائحة وسيأتى ذكرها) ، فيكونان شاهدين معترفين فى الوقت ذاته شاهدين فى الورقة الرسمية ، متى توافرت فيها الشروط المبينة فى الفقرة الأولى من المادة الثامنة . وينبغى أن من طعه الشروط انشاء صلة القرابة أو المصاهرة . وينبغى حل ذلك أن شاهدى المحررة ، وإن كانا فى الأصل لا يشترط فيهما انشاء صلة قرابة أو المصاهرة ، لكن إذا كانا فى الوقت ذاته شاهدى الورقة الرسمية فإن انشاء صلة قرابة أو المصاهرة لغاية الدرجة الرابعة يصبح عندئذ شرطاً فيهما .

هذا وبجاء عدم أهلية الشهود بطلان المحررة الرسمية ، ما لم يمسحوا البدء التام بأن الخطأ السالغ يلقى المخروق (error consensu facti) (بطلان ودفع وجهاً ٧ فقرة ١٢٤٥ ص ٨٨٠ - ص ٨٨١) .

قضاة وكتابة ومن اختصاص المأذونين كما سبق القول ، وإلا الأحوال الشخصية للأجانب غير المسلمين فهذه يكون التوثيق فيها جوازاً لا وجوباً من اختصاص القنصليات الأجنبية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويترتب على ما تقدم أنه لا يجوز ، وفقاً لقواعد الاختصاص الموضوعي ، أن يوقع القاضي الشرعي عقد بيع ، ولا المأذون عقد هبة ، ولا الموثق حجة وقف .

وفي الحدود المتقدمة الذكر يقوم الموثق ، فيما يتعلق بتوثيق الأوراق الرسمية ، بما يأتي : (١) تلقي المهررات وتوثيقها (٢) إثباتها في الدفاتر المعدة لذلك (٣) حفظ أصولها ، وموافاة المكتب الرئيسي بصور منها ، وإعطاء ذوى الشأن صورها ، وإعداد فهارس لها (٤) وضع الصيغة التنفيذية على صور المهررات الرسمية الواجبة التنفيذ (١) .

## المطلب الثاني

### اختصاص الموظف من حيث المكان

**٧٩ - اختصاص الموظف :** ولا يكفي أن يكون الموثق مختصاً من حيث الموضوع ، بل يجب أيضاً أن يكون مختصاً من حيث المكان . وقد نصت المادة الرابعة من قانون التوثيق على أنه لا يجوز للموثق أن يباشر عمله إلا في دائرة اختصاصه . فلكل مكتب للتوثيق دائرة معينة يقوم في حدودها الموثقون ومساعدوهم المعينون في هذا المكتب بتوثيق الأوراق الرسمية التي يطلب إليهم توثيقها .

ونبادر إلى القول بأن هذا الاختصاص المكاني إنما يقيد مكتب التوثيق وحده ، أي أن الموثقين ومساعدتهم الملحقين بمكتب معين لا يجوز لهم مباشرة عملهم خارج دائرة اختصاصهم . ولكن أصحاب الشأن ممن يطلبون توثيق

---

(١) انظر المادة الثانية من قانون التوثيق . ويختص الموثق أيضاً ، بمقتضى هذه المادة ، في غير التوثيق ، بما يأتي : (١) التصديق على توقيعات ذوى الشأن في المهررات العرفية (٢) إثبات تاديع المهررات العرفية (٣) إعطاء الشهادات بمصول التصديق على التوقيعات أو إثبات التاديع في المهررات العرفية .

أوراقهم غير متقنين بدائرة اختصاص معينة ، فيجوز لشخص مقيم بمسوان أن يطلب إلى مكتب للشهر في القاهرة أو في طنطا أو في أية جهة أخرى توثيق أية ورقة رسمية يريد توثيقها . فالتقيد المكاني يرد إذن على مكاتب التوثيق ولا يرد على أصحاب الشأن . فلا يجوز لوطنى مكتب التوثيق أن يوثقوا ورقة رسمية إلا في الدائرة المكانية لاختصاصهم . بل يجب أن يكون التوثيق في مكتب التوثيق بالذات ، وفي مواعيد العمل الرسمية ، إلا إذا كان أحد أصحاب الشأن في حالة لا تسمح له بالحضور إلى المكتب ، فيجوز عندئذ للموثق أن ينقل إلى محل إقامته لإجراء التوثيق وذلك بعد دفع الرسم المقرر للانتقال ، وعليه إثبات هذا الانتقال في الدفاتر المعدة لذلك<sup>(١)</sup> .

٨٠ - انتشار مكاتب التوثيق في أنحاء البلاد : ومكاتب التوثيق ، وفقاً لنظام الجديد ، منتشرة في جميع أنحاء الدولة . ولكل مكتب منها دائرة معينة لاختصاصه المكاني . ويعين عدد هذه المكاتب ومقر كل منها واختصاصه المكاني بقرار من وزير العدل<sup>(٢)</sup> .

وقد صدر فعلاً قرار من وزير العدل في ٢١ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٧ - حمل به من أول يناير سنة ١٩٤٨ تاريخ تنفيذ قانون الشهر - يقضى بإنشاء مكاتب للتوثيق في جميع عواصم المديريات والمخالفات<sup>(٣)</sup> ، ويتناول اختصاص كل مكتب منها المديرية أو المحافظة التي تقع في دائرتها<sup>(٤)</sup> .

(١) انظر المادة ١٢ من اللوحة التنفيذية لقانون التوثيق - وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق ، في شأن تقيد الاختصاص المكاني لمكاتب التوثيق دون أصحاب الشأن ، ما يأتي : « ولابد من طلبه هنا إلى أنه لم يرد بتحديد اختصاص كل مكتب إيجاب في ثلثين على أن يقدم بمسوره إلى مكتب محله ، بل إن له أن يقدم به إلى أي مكتب يراه لتوثيقه . وإنما أريد من هذا التحديد منع الموثق في أحد المكاتب من أن يباشر مسؤولية التوثيق خارج دائرة اختصاص هذا المكتب » .

(٢) انظر المادة الأولى من قانون التوثيق .

(٣) وقد أنشئ ، بمقتضى المادة الأولى من القرار الوزاري المشار إليه ، مكاتب التوثيق في العواصم الآتية : أسوان - الأقصر - سوهاج - أسيوط - المنيا - القليوب - بنى سويف - الجيزة - القاهرة - بنها - شبين الكوم - طنطا - المنصورة - الزقازيق - دمياط - الإسكندرية - بورسعيد - دمياط - السويس .

(٤) انظر المادة الثانية من القرار الوزاري الصادر بإنشاء مكاتب التوثيق .

ثم أنفق على لكل مكتب منها فروع في مختلف الجهات التي بها يحاكم جزية أو مأموريات قنصل القنصلية<sup>(١)</sup>.

فأصبح الاختصاص المكاني لكل مكتب التوثيق ، بفضل هذا التنظيم ، محددًا معروفًا. وأصبحت هذه المكاتب وفروعها منتشرة في كل مكان وجد فيه سابقًا قلم التوثيق ، حتى لا يتكبد جمهور المتعاملين مشقة في الانتقال إلى المكتب الواقع في خاصية المديرية لإجراء ما كان يتم في المحاكم الجزية أو الشرعية في المراكز وامتنع عليها لإجرائه اعتباراً من تاريخ تنفيذ النظام الجديد<sup>(٢)</sup>.

(١) وقد أنشئ ، بمقتضى المادة الثالثة من القرار الوزاري الصادر بإنشاء مكاتب التوثيق ، فروع ثلاثة لمكتب القاهرة : فرع السيدة زينب ( أنشأ باب القصرية والحليفة والقوايل ومصر القديمة والسيدة والبلاد التابعة لها يسلط بالقاهرة محافظة القاهرة من مركز الجزيرة الواقعة شرق النيل ) - فرع مصر الجديدة ( مصر الجديدة ومطية الكبرى ونواحي كفر فاروق والحليفة والقلية ) فرع شبرا ( شبرا ورش الفرج وشبرا ونواحي مية السريج وجزيرة بدران والأميرية والقراية الحمراء والقوايل القصرية والقوايل الكبرى ) . ولم يبق في الإسكندرية والمخلفات الأخرى فروع لمكاتبها . أما عواصم المهرجات فقد أنشئ لمكتب كل عاصمة فروع في المراكز التي بها يحاكم جزية أو مأموريات قنصل القنصلية . فأنشئت فروع في الدار وأجلو لمكتب أسوان ، وفي أسفا وقوس ولنا ومنا ولجم حسان لمكتب الأقصر ، وفي البلبا والمخلفات وجرجا وألم ومططا ومنا لمكتب سوهاج ، وفي البداري وأبي تيج وأنبوب ومطوط وديروط ومطوى لمكتب أسيوط ، وفي أبي قرقاس وسالوط وبني مزار ومخافة والشيخ لمكتب المنيا ، وفي أطسا وسنورس وأندراب لمكتب القاهر ، وفي بيا وأعطاسا الجديدة والقواسي لمكتب بني سويف ، وفي الصف والحياط وإسبابة لمكتب الجزيرة ، وفي عين القضاة والديوب وطوخ لمكتب ببا ، وفي منا القمح وأبي حسان وبليس وعيها وكفر عفر وفقرس لمكتب إزنازين ، وفي أجا وسيت شر والسيلابرين وكرسي والمنزلة وفارسكور لمكتب المنصورة ، وفي أشمون ومطوف والجباه ولنا وقوصط لمكتب شيخ الكوم ، وفي أخلة الكبرى وزني والسطة وسنود وبلا وكفر الزيات وسوق وفوة ومططا وفريقين وبلفاس لمكتب طنطا ، وفي كوم حسادة وإيتي القباردة والقلنجيات وشبراخيت وأبي حسان والمحمودية وكفر الدوار ورشيد وأبي المطاير لمكتب منبور .

ويلاحظ أنه منذ صدور القرار الوزاري بإنشاء مكاتب التوثيق ( في ٢١ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٧ ) أنشئت مديريةان جديدتان ، أحدهما بالوجه البحري وهي مديرية القراية والأخرى بالوجه القبلي وهي مديرية القاروقية ، وقد ترتب على إنشائها تعديل في التنظيم القديم .

(٢) المذكرة الإيضاحية لقرار القرار الوزاري الصادر بإنشاء مكاتب التوثيق .



## المبحث الثالث

### مراجعة الأوضاع التي قررها القانون

#### ٨١ - الأوضاع والمجرات التي قررها قانون التوثيق ودولته

**التجسير :** لما كان التوثيق في مصر ، في الكثرة الغالبة منه ، تقوم به مكاتب التوثيق ، فنبسط هنا الأوضاع والإجراءات التي قررها قانون التوثيق ولانتمه التنفيذية في توثيق الأوراق الرحمية <sup>(١)</sup> .

(١) أما الأوضاع والإجراءات التي جرت - ولا تزال تجري عليها - المحاكم الشرعية ، وكذلك الأوضاع التي كانت المحاكم المختلطة تجري عليها ، فقد أوردنا بصددها في الموجز ما يلي :

• فالأوضاع التي تجري عليها المحاكم الشرعية مبنية في لائحة ترتيبها . وتلخص في أن الإشهادات ( أي العقود الرحمية ) تكتب في طائر سنة لذلك تنسب بالمضابط . ويمنع الكاتب صيغة الإشهاد على من يباشر من القضاة أو على من أذنه بمباشرته منهم . وبعد استيفاء كتابة الصيغة وقراءتها يمسح كل من ذوي الشأن والشهود إصمائه أو يحضه على المضبطة ، وكذلك يفعل من يباشر الإشهاد من القضاة وكاتب الإشهاد . ثم ينقل الإشهاد حرفياً في دفتر آخر يسمى السجل ، ويوقع عليه النقل . ومن هذا السجل تحرر المصحح الشرعية . • أما الأوضاع التي تجري عليها المحاكم المختلطة مبنية في المواد ١٢٤ إلى ١٣٦ من التعليمات الصادر بها الأمر العالي في ٢٧ يناير سنة ١٨٧٦ . وتلخص في أن القيد الرسمي يجب أن يحصى على ذكر التطويخ والمحل الذي كتب فيه والموظف الذي قام بكتابه وأسماء المتصلقين وشهود القيد وشهود المعرفة ، ثم تكتب وقائع القيد ، ويوقع عليه ذوي الشأن من أطراف وشهود ومترجم وكاتب . وقد جرت العادة أن يكتب المأمون الشهود الرسمية مقدماً ، ويكتفي الموظف الرسمي بتلاوة ما أعده المأمون من ذلك على ذوي الشأن وإتمام ما ينقص من الأوضاع . فإذا ما تمت كتابة القيد على النحو المتقدم ، احتفظ بالأصل في فلم كتاب المحكمة ، ويحلى للأطراف صورته . • ( الموجز مؤلف من ٦٥٨ - ص ٦٥٩ وانظر أيضاً المذكور عه السلام ذهن في الأداة جزء أول ص ١٢٧ - ص ١٤١ ) . وعلى من يهين أن الأوراق الرسمية ولقت قبل نفاذ قانون التوثيق تسري عليها النظم التي كانت موجودة وقت توثيقها ، وهي ما قصناه ( استئناف مخطوط ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ م ٢٨٧ - ٩ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ م ٢٦٥ - ٢٣ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ م ٩٢ - ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ م ٢٥٧ ) - وقد كانت المحاكم المختلطة توثق الأوراق الرسمية بأسحق اللغات القضائية التي كانت مقروءة ، وبخاصة اللغة الفرنسية .

ويمكن تقسيم هذه الأوضاع والإجراءات إلى مراحل ثلاث:

(المرحلة الأولى) مرحلة ما قبل التوثيق : دفع الرسم والتثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهم .

(المرحلة الثانية) مرحلة التوثيق : ما يراعى في كتابة الورقة الرسمية والشهود وتلاوة الورقة وتوقيعها .

(المرحلة الثالثة) مرحلة ما بعد التوثيق : حفظ الأصول وتسليم الصور .

**٨٢ - مرحلة ما قبل التوثيق :** لا يقوم الموثق بتوثيق ورقة رسمية إلا إذا دفع الرسم المستحق عنها (م ٣ لائحة تنفيذية) . فإذا ما دفع الرسم وجب على الموثق قبل إجراء التوثيق أن يتأكد من شخصية المتعاقدين بشهادة شاهدين بالفرن عاقلين معروفين له ، أو أن تكون شخصيتهما ثابتة بمسند رسمى (م ٧ لائحة تنفيذية) ، وذلك تحاشياً للتلاعب وتغديباً من وقوع التزوير ما أمكن (المذكرة الإيضاحية للائحة التنفيذية) . ثم يجب بعد ذلك أن يتثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهم . وله أن يطلب - إثباتاً لأهلية المتعاقدين - تقديم ما يؤكد تلك الأهلية من مستندات كشهادة ميلاد أو شهادة طبية أو أى مسند آخر (م ٥ لائحة تنفيذية) . والمقصود بالأهلية هنا البلوغ والعقل وعدم وجود مانع قانوني لدى أحد المتعاقدين ، كأن يباشر وصى أو قيم التعاقد على مال قاصر أو محجور عليه بدون إذن في ذلك من الجهة المختصة ( المذكرة الإيضاحية للائحة التنفيذية) . وإذا تم التعاقد بوكيل ، فعل الموثق أن يتأكد من أن مضمون الورقة المطلوب توثيقها لا يتجاوز حدود الوكالة (م ٦ لائحة تنفيذية) .

فإذا اتضح للموثق عدم توافر الأهلية أو الرضاء لدى المتعاقدين ، أو إذا كانت الورقة الرسمية المطلوب توثيقها ظاهرة البطلان كما إذا كانت تثبت بيماء على أرض موقوفة وفقاً خيراً ، كان للموثق أن يرفض التوثيق وأن يبعد الورقة إلى ذوى الشأن بكتاب موصى عليه مع إيداع الأسباب (م ٦ قانون التوثيق) . ولا شك أن منح الموثق هذه السلطة من مقتضيات ما توخاه قانون التوثيق من ضبط المهررات ومراعاة صحتها والدقة فيها ، لما تتمتع به من خصائص ومميزات . ولا يتحقق ذلك إذا كانت وظيفة الموثق تنحصر في تلقى إرادة ذوى الشأن ، دون التأكد منها

أو مراجعتهم فيها (المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق). ولئن رفض توثيق ورقته أن يتظلم إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة التي يقع مكتب التوثيق في دائرتها في خلال عشرة أيام من إبلاغ الرفض إليه . ويكون التظلم بعريضة بين فيها أوجه تظلمه . وله أن يظن في القرار الذي يصلره قاضي الأمور الوقتية أمام غرفة المشورة بالمحكمة الابتدائية . وقرار القاضي بإجراء التوثيق أو رفضه وكذلك قرار غرفة المشورة في هذا الشأن لا يجوز أحدهما حجية الأمر المقضي في موضوع المهر (م ٧ قانون التوثيق)<sup>(١)</sup>.

٨٣ - مرحلة التوثيق : فإذا تم التثبت من أهلية ذوى الشأن ورضائهم حل الوجه المبين فيما تقدم ، انتقل الموثق إلى توثيق الورقة الرسمية ذاتها . ويجب أن تكون مكتوبة بخط واضح غير مشتمل على إضافة أو تحشير أو كسحط ، وذلك لإبعاد كل شبهة عن المهر ، وإذا اقتضى الأمر إضافة أو حذفاً فيجب ذكر ذلك في آخر المهر موقعاً عليه من ذوى الشأن والموثق . والغالب أن تكون الورقة قد كتبت مقدماً بوساطة ذوى الشأن أو وكلائهم من الهامين ، ويكتفى الموثق بمراجعتها وتلاونها والاستيقاع والتوقيع عليها كما سيأتي .

أما البيانات التي تتضمنها الورقة فهي نوعان : (أولاً) البيانات الخاصة بموضوع الورقة ، أى البيانات الخاصة بالبيع أو الرهن أو الوكالة أو غير ذلك من التصرفات التي قصد إثباتها في الورقة . (ثانياً) البيانات العامة التي يجب ذكرها في كل ورقة رسمية أيأ كان موضوعها ، وهذه هي :

(١) ذكر السنة والشهر واليوم والساعة التي تم فيها التوثيق ويكون ذلك بالأحرف (٢) اسم الموثق ولقبه ووظيفته (٣) بيان ما إذا كان التوثيق قد تم في

---

(١) بل يجوز تجديد طلب التوثيق متى زال السبب الذي منع من قبوله (انظر الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٠١ هامش رقم ١) . أو يقال إن الحكم لا يجوز حجية الأمر المقتضى في موضوع التصرف ، فيجوز الاحتجاج أمام محكمة الموضوع بقرار الأمانة أو بقرار الرضا أو بصحة التصرف رغمًا من حكم قاضي الأمور الوقتية أو غرفة المشورة : ١٠٠- توافر الأهلية أو بعدم قيام الرضا أو بطلان التصرف ، لأن هذا الحكم إما هو حكم في مسألة عاجلة ، هي جواز التوثيق أو عدم جوازه ، ولا أثر له في الموضوع .

المكتب لو في أى مكان آخر (٤) أسماء الشهود (٥) أسماء أصحاب الشأن وأسماء آبائهم وأجدادهم وآبائهم وصناعاتهم ومحال ميلادهم وإقائهم ، وأسماء وكلائهم ، ومن تقضى الحال بوجودهم للمعاونة فيما إذا كان أحد ذوى الشأن ضرراً أو ضعيف البصر أو أبكم أو أصم أو يجب في هذه الحالة على الموثق أن يتأكد من استماتته بعين يوقع المهرور معه (٦) .

ويجب أن تكون الورقة مكتوبة باللغة العربية . فإذا كان أحد المتعاقدين يجهل هذه اللغة أو لا يعرفها معرفة كافية ، استعان الموثق بترجم يقدمه المتعاقدون ويكون محل ثقتهم . ويجب أن يوقع المترجم الورقة مع المتعاقدين والشهود والموثق ، ويجب ذكر اسمه من بين من تقضى الحال بوجودهم للمعاونة (٧) .

(١) وتنص المادة ٧ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على أنه « يجب على الموثق أن يتأكد من شخصية المتعاقدين بشهادة شاهدين بالذين حقلين معروفين له أو أن تكون شخصيتهما ثابتة بسنن رسمي » . وتنص المادة ٨ من اللائحة على أنه « لا يجوز توثيق مهرر إلا بحضور شاهدين كامل الأهلية مقيمين بالمملكة المصرية ولهما إلمام بالقراءة والكتابة ولا صالح لها في المهرور المطلوب توثيقه ولا تربطها بالمتعاقدين أو بالموثق صلة مصاهرة أو قرابة لفاية الدرجة الرابعة . ويجوز للموثق أن يكتفى بالشاهدين المنصوص عليها في المادة السابقة متى توافرت فيها هذه الشروط . وعلى الشاهدين أن يوقعا المهرور مع أصحاب الشأن والموثق » والحكمة في هذا ظاهرة ، وهي أن يكون هناك شاهدا صل إذا ما أثبت زواج سول القصد الذي يحصل توثيقه ( المذكورة الإيضاحية لللائحة التنفيذية لقانون التوثيق ) .

(٢) المادة ١٢ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق . وتقول المذكورة الإيضاحية لهذه اللائحة في هذا الصدد ما يأتي : « وتنص المادة الثانية عشرة على أنه إذا كان أحد المتعاقدين ضريراً أو ضعيف البصر أو أصم أو أبكم ، فعليه أن يستعين بمن يكون واسطته في التصام والتبشير عن القصد الذي يرمى إليه من التصاد ، وذلك على قرار ما ورد في قانون المحاكم الحسبية الأخير » . ولكن يلاحظ أن قانون المحاكم الحسبية المشار إليه لا يشترط مساعداً قضائياً إلا لمن كان أصم أو أصم أو أبكم ، أو أصم أبكم ، أى يكون قد جسع بين طاهتين من هذه القباعات الثلاث ( المادة ٤٧ من قانون المحاكم الحسبية وانظر أيضاً المادة ١١٧ من التفتين المحدث ) .

(٣) المادة ١١ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق . وتقول المذكورة الإيضاحية لهذه اللائحة في هذا الصدد ما يأتي : « مراد كانت اللغة العربية هي لغة البلاد الرسمية ، فقد نصت المادة الخامسة عشرة على أن يكون توثيق المهرورات بهذه اللغة . فإذا كان من المتعاقدين من يجهلها فليصن بترجم علم بها ، على شرط أن يرتقبه الطرف الآخر حتى لا يكون ثمة مجال للطعن بوقوع تحريف في الألفاظ والمعاني التي كانت مقصود المتعاقدين » .

فإذا تم كل ذلك ، وجب على الموثق قبل توقيع ذوى الشأن على الورقة التي توثق أن يطو عليها الصيغة الكاملة للورقة ومرفقاتها ، وأن يبين لهم الأثر القانوني للترتب عليها دون أن يؤثر في إرادتهم . فإذا كانت الورقة مكونة من عدة صفحات ، وجب عليه أن يرقم صفحاتها<sup>(١)</sup> .

فإذا تمت الخلاوة على هذا النحو ، وقع الموثق هو وأصحاب الشأن والشهود - وكذلك عند الانقضاء المترجم ومن استعان به ذو الشأن إذا كان ضريراً أو ضعيف البصر أو أبكم أو أحم - الورقة صفحة صفحة وكذلك للمرفقات<sup>(٢)</sup> .

٨٤ - مرحلة ما بعد التوثيق : وأهم ما في هذه المرحلة هو حفظ الأصول وتسليم الصور . فيحفظ بمكتب التوثيق أصول الأوراق الرسمية التي توثق على حسب أرقامها في ملفات خاصة بكل سنة (م ١٨ اللائحة التنفيذية) . ولا يجوز أن تنقل من مكاتب التوثيق هذه الأصول ولا الدفاتر أو الوثائق المتعلقة بها . على أنه يجوز السلطات القضائية الإطلاع عليها . فإذا أصدرت سلطة قضائية قراراً بضم أصل ورقة رسمية موقفة إلى دعوى منظورة أمامها ، وجب أن ينتقل القاضي للمتطلب إلى المكتب ويحرر بحضوره صورة مطابقة لأصل الورقة الرسمية ، ويعمل بنقلها محضر يومه القاضي والموثق وكاتب المحكمة ، ثم يضم الأصل إلى ملف النزاع ، وتقوم الصورة مقام الأصل لحين رده (م ١٠ اللائحة التنفيذية)<sup>(٣)</sup> . ويتولى المكتب إرسال صورة من كل ورقة رسمية تم

---

(١) المادة ١٠ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق ، وتقول المذكرة الإيضاحية لهذه اللائحة في هذا الصدد ما يأتي : « ولقد أوجب المادة العاشرة على الموثق أن يطو المحرر على المتعاقدين ، وأن يبين لهم الأثر القانوني المترتب عليه ، ليتبينوا بوضوح النتائج التي قد ترتب على تعدياتهم ، وذلك باليداع دون أن يصد عنه ما يؤثر في إرادة المتعاقدين أو ما يوجبهم توجيهاً لا يريدهم » .  
(٢) المادة ١٠ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق في هذا الصدد ما يأتي : « وإحساناً في المحافظة على أصول المحررات التي توثق نصت المادة الخامسة عشرة (صحتها العاشرة) على عدم جواز نقل هذه الأصول أو الوثائق المتعلقة بها أو الدفاتر الخاصة بإجراء التوثيق من مكاتب التوثيق . ولا يرد على ذلك أن هذه المحررات صوراً بالمكتب الرئيسي ، فإن وجود هذه الصور لا يمكن أن يبرر أي تجاوز في المحافظة على أصول المحررات التي تخضع لتوقيعات ذوى الشأن والشهود والمرفقات لما قد يتعرض له أثناء النقل من البهت أو الضياع » .

توثيقها إلى المكتب الرئيسى بالقاهرة لحفظها فيه (م ٢٠ اللائحة التنفيذية  
ولادة ٢ بند ٤ من قانون التوثيق) .

ولا تسلم صورة الورقة الرسمية التى تم توثيقها إلا لأصحاب الشأن . ولا تنسخ  
الصورة لتسليمها لأصحاب الشأن إلا بعد دفع الرسم . ويوضع على هذه الصورة  
رقم التوثيق وتاريخه وصيغة التسليم وتاريخها ، ويوقعها الموثق ، ويوضع عليها  
خاتم المكتب ، ويؤشر الموثق على أصل الورقة بالتسليم ويوقع هذا التأشير  
(م ٨ فقرة أولى من قانون التوثيق وم ١٩ اللائحة التنفيذية) . ويجوز تسليم  
صورة من الورقة الرسمية للغير بعد الحصول على إذن من قاضى الأمور الوقفية  
بالمحكمة التى يقع مكتب التوثيق فى دائرتها (م ٨ فقرة ٢ من قانون التوثيق) .

وإذا كانت الورقة الرسمية واجبة التنفيذ ، وسلمت منها الصورة التنفيذية ،  
وضع مكتب التوثيق عليها الصيغة التنفيذية (م ٢ بند ٣ قانون التوثيق) . ثم  
لا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية إلا بقرار من قاضى الأمور المستعجلة (م ٩ قانون  
التوثيق) (١) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق فى هذا الصدد ما يأتى : « ولا يمتنع أن تقوم  
الموثقة فى الأصل خاصة بنوى الشأن فيها . ولذلك نصت المادة التاسعة ( صحتها التاسعة ) من  
المشروع على أن صور المحررات الموثقة لا تسلم إلا لهم . ولكن قد يقع أن يكون للغير ذوى  
الشأن صالح فى المحرر وبه الحصول على صورة منه ، لذلك رخصت هذه المادة للغير فى الحصول  
على صورة من المحرر الذى تم توثيقه بإذن من قاضى الأمور الوقفية بالمحكمة التى يقع مكتب التوثيق  
فى دائرتها . وقررت المادة العاشرة ( صحتها التاسعة ) من المشروع أنه لا يجوز تسليم أكثر من  
صورة تنفيذية واحدة من المحرر الذى تم توثيقه إلا بعد الحصول على قرار من قاضى الأمور  
المستعجلة بالمحكمة التى يقع فى دائرتها مكتب التوثيق . ومرد ذلك أن صاحب الشأن يختص فى  
طلب الصورة التنفيذية الثانية مكتب التوثيق ، عليه أن يبين الأسباب التى تدور سبب الصورة  
التنفيذية الثانية ويستصدر بذلك حكماً » .

هذا وقد نصت المواد من ١٤ إلى ١٦ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق على أن يمد بكل  
مكتب من مكاتب التوثيق فى عواصم المديريات والمحافظات والملازم الثلاثة الآتية : (١) دفتر تبين فيه  
من واقع الأوراق الرسمية الموثقة بعد ترقيعها بأرقام متتالية أسماء المتصلين وأسماء آباءهم وأجدادهم  
لأبائهم ومحال إقامتهم ونوع المحرر وموضوعه واسم الموثق . ويبين على أصل المحرر رقم إدراجها  
بهذا الدفتر . (٢) دفتر سجل القهارس تدون فيه أسماء جميع أصحاب الشأن فى المحررات ورقم  
المحرر الخاص بهم وتاريخه . (٣) دفتر يخصص للصورة تدون فيه أرقام المحررات وتواريخها  
وأسماء ذوى الشأن فيها وتاريخ تسليم صورة المحرر إلى صاحبه بعد توثيقه منه .

## المبحث الرابع

### جزاء الاخلال بشرط من هذه الشروط

٨٥ - الجزء هو البطمونه : يتنا فيما تقدم الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة الرسمية . فإذا اخل شرط من هذه الشروط ، كانت الورقة الرسمية باطلة كورقة رسمية .

ويترتب على ذلك أنه إذا كان الذى قام بتوثيق الورقة ليس موظفاً عاماً ، أو كان موظفاً عاماً ولكنه عند توثيقه للورقة كان قد عزل أو وقف عن عمله أو نقل أو حل عمله أحد آخر لأى سبب ، فإن الورقة التى وثقها فى جميع هذه الأحوال تكون باطلة . وقد قلنا أن الموظف - الفعل (fonctionnaire de fait) إذا وثق ورقة رسمية كان توثيقه صحيحاً وفقاً لنظرية معروفة فى القانون الإدارى . وقد قلنا كذلك أن الموظف العام إذا كان قد عزل أو وقف أو نقل ولم يكن يعلم بانقطاع ولايته وقت توثيق الورقة الرسمية ، وكان أصحاب الشأن غير ملابن أيضاً بذلك أى كانوا حنفى النية ، فإن الورقة تكون صحيحة .

ويترتب على ذلك أيضاً أن الموظف العام إذا لم تكن له سلطة فى التوثيق ، بأن كانت له مصلحة شخصية مباشرة فى الورقة الموثقة ، أو ربطته بأصحاب الشأن أو بالشهود قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة ، أو وثق ورقة من نوع لا اختصاص له فيه ، فوثق ملاحجة وقف كان الواجب أن يكون موثقها هو القاضى الشرعى أو كاتبه ، أو وثق القاضى الشرعى عقد بيع أو نحو ذلك ، فإن الورقة تكون باطلة فى جميع هذه الأحوال . وقد رأينا فيما يتعلق برابطة القرابة أو المصاهرة أن الشهرة العامة قد يكون من شأنها تصحيح الورقة .

ويترتب على ذلك أيضاً أن الموثق إذا قام بتوثيق الورقة فى غير دائرة اختصاصه المكافى ، أو فى غير مكتب التوثيق أو فى غير مواعيد العمل إلا لما منع بمرر انتقاله ، كانت الورقة باطلة (١) .

(١) حل أنه إذا اخل لسبب يبرر الانتقال ، ولكنه لم يثبت انتقاله فى العقد المدة لذلك ، فإن البطال لا يترتب على هذا الإجراء غير الجوهري . والعبارة بوجود المبرر للانتقال صلا ، فإن وجد كانت الورقة صحيحة ، وإلا فهي باطلة .

ويرتب على ذلك أيضاً أن الأوضاع والإجراءات الواجب مراعاتها في توثيق الورقة إذا لم تراعى كانت الورقة باطلة . ولكن هنا يجب التمييز بين الأوضاع والإجراءات الجوهرية وتكون هي التي جزأها البطلان ، وبين الأوضاع والإجراءات غير الجوهرية ولا يترتب البطلان عليها . ويعتبر من الأوضاع والإجراءات الجوهرية البيانات العامة الواجب ذكرها في الورقة الرسمية - تاريخ التوثيق واسم الموثق وأسماؤه أصحاب الشأن والشهود (١) - وكذلك حضور الشاهدين وقت توثيق الورقة ، وحضور المترجم عند الاقتضاء وحضور المعين بالنسبة إلى المصاحب باحدى العاهات الثلاث ، وكون التوثيق باللغة العربية ، وإثبات أن الورقة الرسمية قد تلت وأن الأمر القانوني للورقة قد بين لأصحاب الشأن (٢) ، والتوقيعات التي نص عليها (٣) . ولا يعتبر جوهرياً : فلا يترتب عليه البطلان ، عدم دفع الرسم (٤) ، وعدم تثبت الموثق من شخصية المتعاقدين عن طريق شاهدين أو عن طريق مستند رسمي (٥) ومجاوزة الورقة لحدود الوكالة إذا كان التعاقد بوكيل (٦) ، وترقيم الصفحات صفحة صفحة (٧) . بالإضافة والتعشير والكشط (٨) .

## ٧٦ - ما يترتب على البطء : قلنا إذا اختلف شرط من شروط صحة

الورقة الرسمية ترتب على ذلك بطلان الورقة . فما الذي يترتب على هذا البطلان ؟ الأصل أن الورقة الرسمية إذا كانت باطلة تكون جميع أجزائها باطلة ،

(١) أما ذكر أن التوثيق قد تم في المكتب أو في أي مكان آخر فيبدو أنه غير جوهري .  
(٢) ويمكن إثبات ذلك . فإن أنكر أحد أصحاب الشأن صحة الواقعة كان عليه أن يظن بالتزوير . فإن نجح في الظن أصبحت الورقة مزورة في هذه الواقعة ، ثم أصبحت أيضاً باطلة للإعطال بهذا الإجراء الجوهري .

(٣) توقيعات الموثق وأصحاب الشأن والشهود والمترجم والمعين .

(٤) ولكن يقع واجب الدفع ، ويكون دليلاً لفقرانة العامة .

(٥) ويمكن أن تثبت الشخصية فعلاً .

(٦) ولكن إذا بقيت الورقة رسمية في هذه الحالة ، فإن التصرف القانوني يكون مع ذلك غير نافذ في حق الموكل .

(٧) وربما أيضاً توثيقها بصفحة صفحة .

(٨) ولكن قد يكون هذا دليلاً على تزوير الورقة .



فلا يطل جزء ويصح جزء . فإذا كان للموتى مصلحة شخصية مباشرة في الورقة مثلا ، فان الورقة تكون كلها باطلة ولا يقتصر البطلان على الجزء الذي يثبت للموتى فيه هذه المصلحة الشخصية المباشرة . وإذا لم يقع أحد الشهود على الورقة ، أو لم يقع المترجم أو الممين ، ومن باب أولى إذا لم يقع الموتى أو أحد أصحاب الشأن ، كانت الورقة كلها باطلة حتى تاريخها ، مع أن التاريخ لم يقع فيه بطلان . ومن ثم لا يعتبر التاريخ ثابتاً ، بل يكون تاريخاً عرفياً للاحجية فيه على الغير .

على أنه يجب التمييز بين الورقة التي تثبت التصرف القانوني والتصرف القانوني ذاته . فإذا كانت الورقة باطلة ، فلا يستدعي ذلك حتماً أن يكون التصرف القانوني باطلاً . بل يبقى هذا التصرف قائماً وإن كان إثباته عن طريق الورقة الرسمية قد انعدم . وقد يصح إثباته عن طريق آخر غير الكتابة ، بل قد يصح إثباته بالورقة الرسمية الباطلة ذاتها إذا صحت كورقة عرفية على النحو الذي سنبينه فيما يلي . ويستثنى مما قدمناه الفرض الذي يكون فيه التصرف القانوني شكلياً ، أي يجب لانقاده أن يكتب في ورقة رسمية كالهبة والرهن الرسمى ، فمتدئذ تصبح الورقة الرسمية ركناً في التصرف ، فإذا كانت باطلة بطل التصرف ذاته<sup>(١)</sup> . وكذلك الأمر فيها إذا اتفق المتعاقدان على أن يكون تعاقدما بورقة رسمية إذا ما قد قصدا أن تكون الرسمية ركناً في العقد .

وقد يقع أن الورقة الرسمية يكون ظاهرها الصحة ، ثم يطن بالتزوير في جزء من أجزائها ، ويتبين من إجراءات الطعن أن هذا الجزء مزور ، فهل ينبغي على ذلك أن تصبح الورقة الرسمية كلها باطلة كورقة رسمية ؟ مثل ذلك أن يذكر الموتى في الورقة الرسمية أن المشتري دفع الثمن أمامه البائع ، ويتبين بعد الطعن بالتزوير في هذه العبارة أن المشتري لم يدفع شيئاً أمام الموتى . ومثل ذلك أيضاً

(١) وفي هذا المعنى تقول المأكرة الإيضاحية للشرح التمهيدى : « ولما كانت صحة الدليل غير متفككة من صحة التصرف نفسه أن اشتراط الرضا فيه شكل خاص ، ففى من البيان أن هذه القفزة ( وهي القفزة التي تنفى حصول الورقة الرسمية الباطلة إلى ورقة عرفية ) لا تنطبق على التصرفات التي تشتط فيها الرسمية بوصفها ركناً من أركان الشكل ؟ ( مجموعة الأعمال القضائية ص ٢٥٢ ) .

أن يطلع بالتزوير في تاريخ الورقة أو في توقيعات بعض الشهود أو بعض ذوى الشأن ، ويتبين من إجراءات الطعن بالتزوير أن هذه الاجزاء فعلاً مزورة . نرى في مثل هذه الأحوال التمييز بين ما إذا كان الجزء من الورقة الذى ثبت تزويره جوهرياً لصحة الورقة الرسمية فتكون الورقة باطلة في جميع أجزائها ، وبين ما إذا كان هذا الجزء غير جوهري فتبقى الأجزاء الأخرى للورقة الرسمية صحيحة . ففى المثلين المتقدمين ، إذا ثبت تزوير العبارة التى تثبت أن المشتري دفع الثمن للبائع فإن هذا الجزء وحده هو الذى يفقد قوته في الإثبات وتبقى سائر أجزاء الورقة الرسمية صحيحة محتفظة بقوتها في الإثبات ، أما إذا ثبت أن تاريخ الورقة أو توقيع أحد الشهود أو أحد أصحاب الشأن مزور فإن هذا الجزء الذى ثبت تزويره جوهرياً لصحة الورقة الرسمية ومن ثم تكون الورقة باطلة في جميع أجزائها .

**٨٧ - فبمز الورقة الرسمية الباطلة :** قدمنا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٩٠ تقضى بأن الورقة إذا لم تكسب صفة الرسمية فلا يكون لها لإقامة الورقة العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوا بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم .

والورقة لا تكسب صفة الرسمية إذا كانت باطلة لسبب من الأسباب التى قدمناها . يستوى في ذلك ورقة لم يوقعها الموثق ، وورقة وقعها موثق مسلوب الولاية ، وورقة وقعها موثق غير مختص موضوعاً بتوثيقها ، وهذه حالات يمكن القول أن الورقة فيها تكون منعدمة كورقة رسمية . ويستوى في ذلك أيضاً ورقة وقعها موثق ثبت له الولاية والاختصاص الموضوعى ولكن نقصه الاختصاص المكافئ ، وورقة اختلف فيها إجراء جوهري كما إذا شهد عليها شاهد واحد لاشاهدان ، وهذه حالات لا يمكن القول أن الورقة فيها تكون منعدمة ولكنها تكون قطعاً باطلة كورقة رسمية . لم يفرق التقنين المصرى الجديد بين هذين الفرضين - فرض انعدام الورقة كورقة رسمية وفرض بطلانها - ففيهما معاً لا تكسب الورقة صفة الرسمية ، ومن ثم لا يكون لها لإقامة الورقة العرفية إذا كانت موقعة من أصحاب الشأن . وهذا حكم يدهى في القانون المصرى ، فإن الورقة في الأحوال التى قدمناها ، إذا كانت قد فقدت شرطاً

من شروط الصحة لقيامها كورقة رسمية ، فلها مع ذلك قد استوفت شروط الورقة العرفية . فهي ورقة مكتوبة وقعها من صدرت منه ، والتموقيع وحده كاف لصحة الورقة العرفية في التقنين المصري ومن ثم تكون لها حجية الورقة العرفية ، فتعتبر صادرة ممن وقعها ما لم يظن فيها بالإلتهام (م ٣٩٤ مئلى) (١) . وهذا ضرب من ضروب التحول (conversion) شبيه بتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح توافرت فيه أركانه وشروط صحته (م ١٤٤ مئلى) ، فالورقة الرسمية الباطلة قد تحولت هنا إلى ورقة عرفية صحيحة لتوافر شروط صحة الورقة العرفية فيها . ولكن لا يكون تاريخها تاريخاً ثابتاً كما قدمنا .

هذا الحكم الديهي لم يكن في حاجة إلى نص ، فإما هو إلا تطبيق للقواعد العامة . ويقطع في ذلك أن التقنين القديم لم يكن يتضمن نصاً في هذا المعنى ، ومع ذلك فقد كان الحكم فيه هو عين الحكم الذي قدمناه (٢) . وما كنا لنسهب

(١) عل أن إذا كانت الورقة الرسمية الباطلة صادرة من عدة مدتين متضامتين ولم يوقع عليها إلا بعض هؤلاء ، فإنها لا تصلح ورقة عرفية ، لا بالنسبة إلى من لم يوقعها لعدم التوقيع ، ولا بالنسبة إلى من وقعها لأنه لم يوقع إلا كدتين متضامتين مع آخرين فلم تصلح مستقلة فبذلك لفقد الرجوع على من لم يوقع من هؤلاء المدتين . وتبقى الورقة باطلة في هذه الحالة حتى لو زل اللذان من حله قبل المدتين اللذين لم يوقعوا . ( أنظر في هذا المعنى أوبري دور ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٨٤ ) .

وإذا كانت الورقة الرسمية الباطلة غير موقعة من المدتين ، وكان بطلانها راجعاً إلى سبب غير عدم التوقيع ، فلا تكون لها قوة الورقة العرفية ، حتى لو كان الموقع الذي قام بتوقيع هذه الورقة قد ذكر فيها عجز المدتين عن التوقيع . ذلك أن إثبات الموقع في ورقة باطلة عجز المدتين عن التوقيع لا قيمة له لبطلان الورقة ، فتصبح الورقة بمنزلة ورقة عرفية غير موقعة أصلاً دون ذكر لعجز المدتين عن التوقيع ، ومن ثم تستخدم حجيةها كورقة عرفية . هذا إلى أن عجز المدتين عن توقيع الورقة العرفية بأصالة لا يفي من توقيعها بقتضه أو بصفة أصبح كما سئى . ( أنظر في هذه المسألة الأستاذ أسعد نفحات في الإثبات فقرة ١٣٩ - الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١١ ص ٥٥ ) .

(٢) وقد جاء في الموجز المؤلف من هذه المسألة في التقنين المصري القديم ما يأتي : « ولكن إذا كانت الورقة الرسمية هذا وكانت باطلة ، فقد تصلح أن تكون ورقة عرفية يصح تقديمها لإثبات هذا القصد ، ما لم تكن الرسمية شرطاً شكلياً في الاقتضاء كما هو الأمر في الهبة والقرض . ولكن يفترط حتى تكون الورقة الرسمية الباطلة قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات أن تكون هذه الورقة قد وقع عليها ذور الشأن ، لأن التوقيع شرط في الورقة العرفية كما سئى . ولا يجزى التوقيع الورقة الرسمية الباطلة تاريخاً وسمياً ثابتاً ، حتى لو صلحت هذه الورقة الباطلة أن تكون ورقة عرفية سميحة » ( الموجز فقرة ١٢٦ ص ٦٥٩ ) .

في هذه المسألة لولا أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين ألفنى الجليد أوردت عبارات يفهم منها وجوب إعمال نوع من التمييز بين الورقة الرسمية المتمثلة - حيث يكون الموظف العام غير مختص موضوعاً أو حيث تكون له صراحة شخصية مباشرة أو حيث يكون قد أغفل التوقيع على الورقة أو نحو ذلك - وفي هذه الحال تبطل الورقة كورقة رسمية ثم لا تكون لها قيمة الورقة العرفية ، وبين الورقة الرسمية الباطلة - إذا لم يكن قد وثق مثلاً اختصاص في توثيقها من حيث المكان - وفي هذه الحالة تبطل الورقة كذلك كورقة رسمية ولكن تكون لها قيمة الورقة العرفية (١).

وهذا التمييز يقوم حقاً في التقنين المدنى الفرنسى . والسبب في ذلك أن هذا التقنين لا يكفى في صحة الورقة العرفية أن تكون موقعة من أصحاب الشأن ، بل يشترط فوق ذلك ، كما سنرى ، تعدد النسخ الأصلية في العقود الملزمة للجانبين وكتابة كل الإلتزام بالحروف بالأرقام مع اعتماد المدعى لها بخطه في العقود الملزمة لجانب واحد . فإذا كانت الورقة الرسمية الموقع عليها من أصحاب الشأن باطلة ، لم يكن التوقيع عليها وحده كافياً لاعتبارها بمنزلة الورقة العرفية .

(١) وهذا ما جاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « والواقع أن ما يول القانون من سلطة خاصة للموظف العام هو ماد ما يتناول الورقة الرسمية من قوة في الإلزام ، وهو بذاته مناط الملة من هذه القوة . به أنه لم ير من العدل حرمان المصالحين من الإستناد إلى الورقة إذا كانوا قد عهدوا بأمرها إلى موظف ليست له سلطة توثيقها بالنسبة للمكان ، متى كانوا قد أعطوها خلاف ذلك بناء على سبب مشروع . على أن على الورقة لا يكون لها إلا قيمة ورقة عرفية وفقاً لما تقتضيه الفقرة الثانية من المادة ٢٧٧ من المشروع . ويشترط لتطبيق هذه الفقرة : (١) أن تكون ثمة ورقة تلقاها موظف عام له سلطة توثيقها بالنسبة لطبيعته ( الإختصاص القومى ) . (ب) وأن يكون ذوى الشأن جميعاً قد وضعوا على هذه الورقة باضاعاتهم أو باختيارهم أو بصياتهم . على أن هذا الحكم ليس إلا استثناء من نطاق القواعد العامة . ولذلك ينطبق تماماً على الواسع من التفسير . فهو لا ينطبق حيث يكون الموظف العام غير مختص بالنسبة لطبيعة الورقة ( كما لو تلقى أحد المختبرين عقد بيع ) ، أو حيث يكون هذا الموظف قد أغفل التوقيع على الورقة لأنها تكون غلوفاً في هذه الحالة ما يثبت أنه تلقاها ، أو حيث يكون أحد المصالحين قد أغفل التوقيع على هذه الورقة باضاتته أو غشه أو بصته . وهو لا ينطبق كذلك إذا كان الموظف العام قد تدخل بوصفه طرفاً في الصفقة ، إذ ليس من المتصور أن يتولى الموظف العام ضبط ورقة رسمية لنفسه ، وليس للمصالحين في هذه الحالة أن يمتدوا اعتقاداً مشروعاً في رسمية هذه الورقة » ( مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٣٥٢ - ٣٥٣ ) .

إذا بنقصها شرط آخر هو تعدد النسخ أو اعتماد المدعي. ومن ثم كان جعل مثل هذه الورقة الرسمية الباطلة بمنزلة الورقة العرفية لا بد فيه من نص هو الذي ينشأ لما هذه القيمة. وقد وجد فلا هذا النص في التفتين المدني الفرنسي في المادة ١٣١٨ على النحو الآتي: «الورقة التي لا تكسب صفة الرسمية بسبب عدم اختصاص الموظف العام أو بسبب عدم أهليته أو بسبب عيب في الشكل تكون لما قيمة الورقة العرفية إذا كانت موقعة من ذوي الشأن»<sup>(١)</sup>. ولما كان هذا النص مفشئاً، فهو الذي يضمن على الورقة الرسمية الباطلة قيمة الورقة العرفية، ولولاها لما كانت لما هذه القيمة من تلقاء نفسها، فقد عمد الفقه الفرنسي إلى عدم التوسع في تفسيره، وميز بين ورقة رسمية منمعة<sup>(٢)</sup>، حيث لا يكون للورقة وجود أصلاً فلا تصلح أن تكون ورقة عرفية<sup>(٣)</sup>، وبين ورقة رسمية باطلة<sup>(٤)</sup> حيث توجد وتكون لما قيمة الورقة العرفية، ولو أن شرط تعدد النسخ أو اعتماد المدعي ينقصها، وذلك بفضل نص المادة ١٣١٨ الذي أنشأ لما هذه القيمة.

هذا التمييز هو إذن مستساغ في التفتين الفرنسي. ولكنه غير مستساغ في التفتين المصري. فقد قلنا أن الورقة العرفية في هذا التفتين لا يشترط في صحتها إلا توقيع أصحاب الشأن، دون حاجة إلى تعدد النسخ أو إلى اعتماد المدعي. فحق وجد هذا التوقيع على الورقة الرسمية الباطلة، أياً كان سبب بطلانها، ولو

- (١) ومما هو النص في أمك الفرنسي : Art. 1318.—L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier public ou par un défaut de forme vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties.
- (٢) بأن كان الموثق مثلاً غير مخصص موضوعاً بوثيقها، أو كان لم يوقعها، أو كان طرفاً فيها (أنظر تفصيل ذلك في بلايول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٤٥٥ ص ٨٩١ — ص ٨٩٢ — أوربي دور ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٨٤ — ص ١٨٣).
- (٣) إلا إذا توافرت فيها جميع شروط الورقة العرفية بأن كانت موقعة من أصحاب الشأن، ثم تعددت نسخها الأصلية إذا كان المقعد ملزماً للجائين أو كسبت فيه الالتزام بالمحرف دون الأرقام واحدها المدعي يثبت إذا كان المقعد ملزماً لجانب واحد.
- (٤) بأن كان الموثق — كما تقول المادة ١٣١٨ من التفتين المدني الفرنسي — غير مخصص بوثيقها من ناحية المكان، أو كان غير متوافر الأهلية لوثيقها، أو كانت تطوى على صلب في الشكل. ويشترط على كل حال، فتكون هذه الورقة الرسمية الباطلة قيمة الورقة العرفية، أن تكون موقعة من ذوي الشأن، وقد نصت المادة ١٣١٨ صراحة على هذا الشرط (أوربي دور ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٨٣).

كانت ورقة رسمية متلحة ، فقد استوفت شرط صحة الورقة العرفية وصار لها قيمتها ، لا بفضل نص منقش ، كما في التفتين الفرنسي ، بل بفضل تطبيق القواعد العامة ، وليست الفقرة الثانية من المادة ٣٩٠ إلا كاشفة من هذا التطبيق ولم تكن هناك حاجة إليها كما سبق القول . فمن أين إذن أنت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بهذا التمييز ؟ .

الواقع من الأمر أن هذا تمييز لا يستقيم في التفتين المصرى . والمذكرة الإيضاحية في القول به جد خاطئة . والسبب في هذا الخطأ أن مشروعاً أولاً للتفتين المصرى في الإثبات كان يحوى شروطاً للورقة العرفية هي نفس شروط التفتين الفرنسي . ومن ثم كان التمييز مستغافاً في هذا المشروع الأول كما هو مستغاف في التفتين الفرنسي ، وقد كتبت المذكرة الإيضاحية للمشروع الأول على هذا الأساس . ثم عدل المشروع الأول ، ورجع المشروع التمهيدى للتفتين المصرى إلى الاكتفاء بتوقيع المدين لصحة الورقة العرفية وأغفل الشرط الآخر ، فلم يعد التمييز مستغافاً في هذا الوضع . ولكنه بقى مع ذلك بارزاً في المذكرة الإيضاحية التي أدمجت كما هي في مجموعة الأعمال التحضيرية ، وكان ذلك سهواً ، إذ كان من الواجب حذف هذا التمييز بعد تعديل المشروع الأول على الوجه الذى أشرنا إليه (١) .

(١) وقد قلنا أن الأستاذ استنوت (Stennot) هو الذى وضع المشروع الأول في الإثبات وأدخل به مذكرة إيضاحية كتبت معه . وقد أخذ في هذه المسألة بأحكام القانون الفرنسى ، فنص في المادة ١٢ من مشروحه على وجوب تعدد النسخ الأصلية للورقة العرفية إذا كان العقد ملزماً للجانبين ، ونص في المادة ١٣ على وجوب كتابة القيمة وأعمالها بضم المدين إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد . ومن ثم أحل التمييز المحدث في التفتين المدنى الفرنسى ، فنص في المادة السادسة من مشروحه على ما يأتى : «التي لم يكتب صفة الرسمية ، لم يبق في الشكل أو بسبب أن الموظف العام الذى وقعه وكانت له صفة في توثيقه لم يكن أهلاً أو لم يكن مختصاً من حيث المكان ، تكون له قيمة الورقة العرفية ، ما دام يحمل جميع توثيقات ذوى الشأن من المختصين أو يحمل بصيات أعضائهم » . فقرر الأستاذ استنوت ، كما نرى ، متعلقة تطبيق هذا النص على الورقة الرسمية الباطلة إذا كان البطلان أتى من الإخلال بإجراء جوهري أو من عدم أهلية الموثق أو عدم اختصاصه المكانى ، ففى هذه الأحوال تكون الورقة الرسمية الباطلة قيمة الورقة العرفية بالرغم من أن شروط صحة الورقة العرفية لم تستوف كلها ، وهي الشروط المبينة في المادتين ١٢ و ١٣ من مشروحه . وكان طبيعياً أن يذكر الأستاذ استنوت هذا التمييز في

## الفرع الثاني

### حجية الورقة الرسمية في الاثبات

**٨٨ - افتراض صحة الرسمية :** متى كانت المظاهر الخارجية للورقة تنبئ أنها ورقة رسمية ، اعتبرت كذلك إلى أن يثبت ذو المصلحة أنها ليست لها صفة الرسمية لبطلانها أو لتزويرها ، ولا يكون ذلك إلا عن طريق الطعن بالتزوير إلا إذا جاز إثبات البطلان عن طريق آخر .  
وبذلك يتم للورقة الرسمية السليمة في مظهرها قرينتان : قرينة بسلامتها المادية . وأخرى بصدورها من الأشخاص الذين وقعوا عليها وهم الموظف العام وأصحاب الشأن<sup>(١)</sup> . فهي إذن ، حتى يطمئن فيها بالتزوير ، حجة بسلامتها المادية وبصدورها ممن صدرت منه دون حاجة إلى الإقرار بها . وهذا على خلاف الورقة العرفية ، فسرى أنها لا تكون حجة بما فيها قبل الإقرار بها<sup>(٢)</sup> .  
لكن إذا كانت المظاهر الخارجية للورقة تدل في ذاتها على أن بها تزويراً واضحاً كوجود كشط فيها أو حبر مختلف في اللون أو نحو ذلك ، أو على أنها

« المذكرة الإيضاحية التي أعدها لهذا المشروع ، ومن ثم لا يحمل للورقة الرسمية الباطلة بسبب نعدام ولاية الوثائق أو بسبب عدم توقيعه أو بسبب عدم اختصاصه الموضوعي - وهذه الورقة الرسمية المنصدة في عرف الفقه الفرنسي - أية قيمة ، حتى ولا قيمة الورقة العرفية ولو أدجت هذه المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية دون مراعاة لما أدخل على النصوص من تعديلات ، فأصبحت المذكرة لا تنشئ مع النصوص النهائية في بعض المواضع ، وهذا موضع منها نفيه إليه (انظر في هذه المسألة الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٤٤ ص ٥١ - ص ٥٣) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧٠ - بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٤٥١ .  
ص ٨٨٦ - ص ٨٨٧ .

(٢) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للشروع انتهى : « والجوهرى في هذا الصدد أن الورقة الرسمية تكون حجة بكن ما يلحق به وصف الرسمية فيها دون حاجة إلى الإقرار بها ، على نقيض الورقة العرفية فهي لا تكون حجة بما فيها قبل الإقرار بها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٥٥) . وقد نصبت المادة ١٥٧ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني على « أن السنة الرسمى الذي له شكل السند الرسمى ومظهره الخارجى يجب أن يمد رسماً إلى أن يقوم بالاثبات العكس الطريق المدعى عليه بهذا السند » .

ورقة رسمية باطلة كعدم توقيعها من الموثق أو من أصحاب الشأن أو كوضوح أن الموثق غير مختص موضوعاً بتوقيعها، جاز للقاضي أن يرد الورقة، باعتبارها مزورة باطلة (١). وقد نصت المادة ٢٦٠ من تقنين المرافعات على ما يأتي : «المحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والهو والتشهير وغير ذلك من العيوب المادية في الورقة من إسقاط قيمتها في الإثبات أو انقاصها . وإذا كانت صحة الورقة محل شك في نظر المحكمة ، جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدرت عنه أو الشخص الذي حررها ليبدى ما يوضح حقيقة الأمر فيها» (٢) .

٨٩ - مسائل عرفت في أهمية الورقة الرسمية : فإذا خلص للورقة صفاتها الرسمية على النحو المتقدم ، كان لها في أصلها وفي صورها ، حجة في الإثبات إلى مدى بعيد ، فيها بين الطرفين ، وبالنسبة إلى الغير . فتكلم إذن في مسائل ثلاث : (١) حجة الورقة الرسمية فيها بين الطرفين (٢) حجة الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير (٣) حجة الورقة الرسمية فيما يتعلق بصورها .

## البحث الأول

### حجة الورقة الرسمية فيما بين الطرفين

٩٠ - التصريح القانوني : تنص المادة ٣٩١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« الورقة الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها

(١) بلانول وريير وجابره ٧ فقرة ١٤٥١ ص ٨٨٦ - ص ٨٨٧ .

(٢) وقد كان هذا هو أيضاً حكم تقنين المرافعات القديم . وعندما كانت لجنة المراجعة تنظر في المشروع التمهيدى لتقنين المدنى الجديد ، سأل أحد أعضاء اللجنة عما إذا كان يجوز لقاضي أن يحكم بتزوير الورقة من تلقاء نفسه دون أن يظن فيها بالتزوير ، فأجيب بأن قانون المرافعات الحالي (القديم) يميز لقاضي أن يستبعد الورقة التي يتضح تزويرها من تلقاء نفسه ، وهذا الاستبعاد يفتى بحكم الواقع إلى زوال حجة الورقة ، رسمية كانت أو غيرية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٨) .



في حدود مهته أو وقت من ذوى الشأن في حضوره ، ما لم يبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً <sup>(١)</sup> .

ويقابل هذا النص في التقنين الملئ القديم المادة ٢٢٦/٢٩١ م - ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السورى المادة السادسة ، وفى التقنين الملئ العراقى المادة ٤٥١ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية البتالى المواد من ١٥٦ إلى ١٥٩ ، وفى التقنين الملئ الليبى المادة ٣٧٨ م -

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :  
١٥ - تكون الورقة الرسمية : ما لم يطن فيها بالزور ، حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها الموظف العام في حدود مهته أو صدرت من ذوى الشأن في حضوره . ٢ - أما ماورد على لسان ذوى الشأن من بيانات فيعتبر صحيحاً حتى يقوم الدليل على ما يخالفه . وفى لجنة المراجعة حورت الفقرة الأولى من النص تحويراً جعلها تتفق مع النص الذى أقر نهائياً ، وأصبح رقم النص ٤٠٤ في المشروع التالى . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل . وفى لجنة مجلس الشيوخ قام نقاش حول الفقرة الثانية من المادة ، وهى التى تعتبر البيانات الواردة على لسان ذوى الشأن صحيحة حتى يقوم الدليل على ما يخالفها . وكانت نتيجة هذه المناقشة أن اتفقت الآراء على حذف هذه الفقرة ، لأن تلك البيانات يرجع فى أمر صحتها أو عدم صحتها إلى القواعد العامة فى الإثبات ، وإثباتها فى ورقة رسمية لا يعطىها قوة خاصة فى ذاتها بالنسبة لحقيقة وقوعها . فحذفت اللجنة الفقرة الثانية من المادة اكتهافاً بالقواعد العامة ، وأصبح رقم النص ٢٩١ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٤ - ص ٢٥٥ و ص ٢٥٧ - ص ٢٥٩ ) .

(٢) ولعمد لإيراد هذا النص من التقنين الملئ القديم : « المهرات الرسمية ، أى التى محررت بمعرفة المأمورين المخصصين بذلك ، تكون حجة على أى شخص ، ما لم يحصل الادعاء بتزوير ما هو مدون بها بمعرفة المأمور المحرر لها » . وقد قلصنا أن النص الجديده يفضل هذا النص القديم من حيث إنه يحدد ما يعتبر فى الورقة الرسمية حجة إلى حد الطعن بالتزوير ، فهو ما دون الموثق من أمور قام بها في حدود مهته أو وقت من ذوى الشأن في حضوره .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ٩ : ١ - تكون الأستناد الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أفعال مادية قام بها الموظف العام في حدود مهته أو وقت من ذوى الشأن في حضوره ، وذلك ما لم يبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً . ٢ - أما ما ورد على لسان ذوى الشأن من بيانات فيعتبر صحيحاً حتى يقوم الدليل على ما يخالفه .  
التقنين الملئ العراقى م ٤٥١ : تكون السندات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها الموظف العام في حدود مهته أو وقت من ذوى الشأن في حضوره ، ما لم يبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً .

تقنين أصول المحاكمات المدنية البتالى : م ١٥٦ - قسدت الرسمى القوة التنفيذية ، وهو -  
إلى أن يعطى تزويره - صحت لجميع الأفعال المادية التى تتبعها المأمور الرسمى بذاته وكان من -

( ١٠ م الوسيط - ٢ )

ويقابل في التفتين المثلث الفرنسي المادة ١٣١٩ (٢).

ويتبين من هذه النصوص :

(أولاً) أن الورقة الرسمية حجة على الناس كافة . وسنتناول هنا حجيتها فيما بين الطرفين ، على أن نتكلم فيما يلي في حجيتها بالنسبة إلى الغير .

(ثانياً) أن الورقة الرسمية حجة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقتت من ذوى الشأن في حضوره ، ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً . ويتضح من هذا أن هناك نوعين من البيانات في الورقة الرسمية : (١) بيانات تكون للورقة الرسمية فيها حجة إلى أن يظن في الورقة بالتزوير

= وطلبه أن يتحققا بكل القيد وتاريخ وصحة التوقيع وما يمزوه إلى المتعاقدين من التصريحات — م ١٥٧ — إن السند الرسمى الذى له شكل السند الرسمى ومظهره الخارجى يجب أن يمد رسماً إلى أن يقوم بالثبت العكس للفرق الذى عليه هذا السند . والسند الرسمى مثبت أيضاً للأعمال التى صرح بها المتعاقبون ولها علاقة مباشرة بالسند إلى أن يثبت العكس — م ١٥٨ — لا يسلح السند الرسمى إلا كدعاية يوثق عليه فيما يخص بالتصريحات التى ليس لها علاقة مباشرة بموضوع السند — م ١٥٩ — إن السند الرسمى لا يبرى مفعوله الثبوتى فيما يخص بتصريحات المتعاقدين إلا عليهم وحل خلفائهم فى الحقوق . وبالعكس فإن هذا السند يصدى مفعوله الثبوتى إلى الغير ، سواء أكان لم أم عليهم ، فيما يخص بالأعمال المأجدة التى يصرح بها المأمور الرسمى ولتى قد لابتة إلى أن يضى تزويرها .

التفتين المثلث السلسلةكبة المصنعة — م ٢٧٨ : مطابقة لمادة ٢٩١ من التفتين المثلث المصرى .

ويتبين من استعراض النصوص التفتينية المدنية العربية أنها تلتقى فى أحكامها مع أحكام التفتين المصرى فى المسائل التى نحن بصددنا .

(١) التفتين المثلث الفرنسى — م ١٣١٩ : تكون الورقة الرسمية ، بما تضمنته من الشك ، حجة على المتعاقدين والورقة والخلف . ومع ذلك إذا ظن بالتزوير فى الورقة الرسمية ، وكان الظن بالطريق الجنائى ، أوقف تنفيذ الورقة المضمون فيها منذ الإحالة على الإتهام . أما إذا كان الظن بطريق فرعى ، فإنه يجوز للسلسلةكبة ، تباً للظروف ، أن توقف مؤقتاً تنفيذ الورقة ، وهذا هو النص فى أصله الفرنسى :

« l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause. Néanmoins, en cas des plaintes en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue, par la mise en accusation; et, en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte. »

(٢) بيانات دون ذلك في القصة ، فهي كمثل بيان يثبت في ورقة مكتوبة يعتبر صحيحاً حتى يقوم الدليل على ما يخالفه<sup>(١)</sup>. وقد كان للمشروع التمهيدى يتضمن فكرة في هذا المعنى خلقت في لجنة الشيوخ اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . فعلىنا إذن أن نبحث : (١) حجية الورقة الرسمية حتى يطمئن فيها بالتزوير (٢) حجية الورقة الرسمية حتى يقوم الدليل على العكس .

٩١ - حجية الورقة الرسمية حتى يطمئن فيها بالتزوير : تكون الورقة الرسمية حجية في الإثبات حتى يطمئن فيها بالتزوير ، وذلك فيما دون فيها من أمور قام بها الموتى في حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره . فهناك إذن طائفتان من البيانات لها هذه الحجية : بيانات عن الأمور التي قام بها الموتى في حدود مهمته ، وبيانات عن أمور وقعت من ذوى الشأن في حضوره .

أما الأمور التي قام بها الموتى في حدود مهمته ويثبتها في الورقة الرسمية التي وثقها فكثيرة . من ذلك تأكده من شخصية المتعاقدين بشهادة شاهدين أو بمسند رسمى ، وثبته من أهلية المتعاقدين ورعايتهما ، وصول الكتب منه ، والبيانات العامة التي أثبتتها في الورقة وهي التاريخ<sup>(٢)</sup> واسم الموتى وبيان ما إذا كان الوثيق قد تم في المكتب أو في مكان آخر وحضور شاهدين واسم كل منهما وحضور أصحاب الشأن وأساقم وحضور المترجم والمعين عند الاختصاص وتلاوته الورقة لنوى الشأن والتوقيعات التي تحملها الورقة<sup>(٣)</sup> .

---

(١) وطه القواعد لا تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز انسلخ بها لأول مرة أمام محكمة النقض (أبوى ورد ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧١ ملحق رقم ٥١ مكرره فيها) .  
(٢) ويعتبر تاريخاً ثابتاً بمجرد وروده في ورقة رسمية (بلايول وديير وجايول ٧ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٩ - ص ٨٩٠) .

(٣) توثيقه هو وتوقيعات أصحاب الشأن والقشود والمترجم والمعين — طه وما قرره المحضر من أنه أعلن الورقة إلى المحافظة لأنه لم يجد أحداً يسلمه الإملون في محل إقامة ضيف القنصل ، أو أنه سلم الإملون إلى الخادم ، ومال ذلك ما فعله بنفسه أو وقع تحت يده ، تبقى له الحجية لك أنه طمئن بالتزوير (لستكتات خضط ٢٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٣٢ ص ٢٠٩ — ٢٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٩٧ — ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٣٠ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ١١٥) . أما ما يظه من الغير فيجوز إثبات مكتب دون =

أما البيانات عن الأمور التي وقعت من ذوى الشأن في حضوره فاستكرها بصلق بموضوع الورقة الرسمية التي قام بتوثيقها ، أى البيانات الخاصة بهذه الورقة بالملفات . فان كان الموضوع ييماً ، فان الموثق يثبت في الورقة أن البائع قرر أنه يبيع والمشتري قرر أنه يشتري ، كل بالشروط التي دونت في الورقة ، وقد يكون المشتري دفع الثمن إلى البائع أمام الموثق فيذكر الموثق ذلك في الورقة الرسمية . كل هذه البيانات التي وقعت من ذوى الشأن في حضور الموثق وأثبتها في الورقة ، بعد أن أدركها بالسمع أو بالبصر *de visu aut de auditu* تكون لها حجية في الإثبات إلى أن يظن فيها بالتزوير<sup>(١)</sup> .

وسواء كانت البيانات متعلقة بالأمر الذي قام بها الموثق أو بالأمر الذي وقعت من ذوى الشأن في حضوره ، فلا بد حتى تثبت لها هذه الحجية أن تكون في حدود مهمة الموثق . فإذا خرجت عن هذه الحدود ، كأن أثبت الموثق أن أصحاب الشأن أقارب أو أن أحدهم يبلغ كذا من العمر أو أنهم قرروا أمامه أنهم أجانب أقاموا مدة معينة في البلاد ، فلا تكون هذه البيانات حجية لأنها لا تدخل في مهمة الموثق<sup>(٢)</sup> .

== طعن بالتزوير (استئناف مخطط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٣١ — ١٥ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢٨٠ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٦ ص ١١٠ — ١٨ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٧ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٦٩) . وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأنه إذا كان الدين ثابتاً بسند رسي ذكر فيه أن القنود دفعت أمام كاتب القنود ، فلا يمكن إثبات الصورة بشهادة الشهود ، ومن ثم لا يجوز إثبات أن مبلغ الدين يشتمل على فوائد ربوية (نقض جنائي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ الجمعية الرسمية ٢٧ رقم ٧٦) .

وما ورد على لسان أصحاب الشأن من بيانات يملونها على الموظف المختص بصحبر شهادات الميلاد والوفاة يجوز إثبات حكمها دون حاجة إلى الطعن بالتزوير (استئناف مخطط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٢٨ ص ١٤٥) .

هذا ويجوز النزول من حجية الورقة الرسمية فيما يجب فيه الطعن بالتزوير ، فلا تعود هناك حاجة إلى هذا الطعن (استئناف مخطط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧١) .

(١) استئناف مخطط ٣ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٣٢ سنة ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٩ — أكتوبر ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ٧١ — ١٧٢ .

(٢) بلانول وريجر وجاهول ٧ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٧ — ص ٨٨٩ — طلا وإذا ذكر في ورقة رسمية أو في جواز سفر أن سن المالك أو صاحب الجواز هي كذا عاماً ، فإن ذلك لا يكون حجة على بلوغه هذه السن ، ولا تثبت السن إلا بشهادة الميلاد أو بتقدير طبيب . ولست محكمة النقض بأن ذكر تاريخ الوفاة في محضر حصر القرعة لا يكون حجة بحصول القرعة ==

وقد حصرت على هذا النحو في دائرة محدودة البيانات التي تكون لها حجية لا تدحض إلا إذا لجأ من ينكرها إلى طريق الطعن بالتزوير . ذلك أن طريق الطعن بالتزوير طريق معتد محض بالمصاعب والمخاطر ، وقد رسم له تقنين المرافعات إجرامات ومواعيد دقيقة شدد فيها من التزامات الطاعن بالتزوير ، وفرض عليه غرامة إذا حكم بسقوط ادعائه أو برفض هذا الادعاء<sup>(١)</sup> . وليس أمام من تحتم عليه الطعن بالتزوير إلا سلوك هذا الطريق ، فليس له أن يستجوب خصمه تمهيداً للحصول على إفراغ منه ، ولا أن يوجه له الدين الحاسمة ، ولأن يطلب إحالة الدعوى على التحقيق بغير الطريق المرسوم للطعن بالتزوير ،

• في ذلك التاريخ ، لأن هذا المحضر لم يمد لإثبات تاريخ الوفاة بل لإثبات مناصر التركة فقط (نقض ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ الحاماة ٢٧ رقم ٤٣٠ ص ١٠٧٤) . ومحضر حصر التركة التي يذكر فيه أن التركة جسيماً سلمت إلى بعض الورثة لا يعتبر دليلاً على التسلم (الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ١٥٥) . والمحاضر الرسمية التي تحرر لجميع الاستدلالات — محاضر التحقيق والجدول وحصر التركة — تكون قابلة لإثبات العكس دون حاجة إلى الطعن بالتزوير (الأستاذ أحمد نشأت ١ في الإثبات فقرة ١٥٥ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٤٨ ص ٦١) . ويجوز إثبات عكس ما ورد في الإشهاد الشرعي الصادر بوفاة شخص بجميع الطرق، إذ هو ليس بحكم ولا بحجة في إثبات الوقائع المدرجة فيه (استئناف وطني ٣١ مارس سنة ١٩١٣ المحبوعة الرسمية ١٤ رقم ٨١ — استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٨٦) . والحجية إلى حد الطعن بالتزوير مقتصرة على المواد المدنية والتجارية . أما في المواد الجنائية فالأمر متروك لتقدير القاضى . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا عارض على المحكمة الجنائية محضر كسر عثم المتوفى ، جاز لها ألا تأخذ بما جاء فيه إذا اتهمت بدم صحت ، وذلك دون حاجة إلى الحكم بتزويره (نقض ٧ يونيو سنة ١٩٤٣ الحاماة ٢٦ رقم ٦٥ ص ١٨٨) . ونقض أيضاً بأنه يجوز لكل ذي شأن أن يثبت بكافة الطرق القانونية ما يخالف ما دون في المحاضر التي يجرعها رجال البوليس في المواد الجنائية دون أن يكون ملزماً بالطعن فيها بالتزوير (نقض جنائى ٤ يناير سنة ١٩٤٣ الحاماة ٢٤ رقم ١٠٣ ص ٣٢٣ — ١١ يناير سنة ١٩٤٣ الحاماة ٢٤ رقم ١٤٠ ص ٤٤١ — أسبوط الابتدائية ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المحبوعة الرسمية ٢٤ رقم ٥٠٧ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٥٨ حاشي رقم ١) .

(١) بيلانول وريير وجابول ٧ فقرة ١٤٥٢ ص ٨٨٧ حاشي رقم ٢ . وملة ذلك — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — « ما يول القانون من ثقة لصحة الإقرارات الصادرة في حضور الموظف العام وصحة ما يتولى إثباته من البيانات التي تدخل في حوزة مهمه . فلذا اقتضت مصلحة أحد من ذوي الشأن أن يقر الدليل على عكس بيان من البيانات التي يلقى بها وصف الرسمية ، تبين عليه أن يلجأ إلى طريق الطعن بالتزوير » (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢٥٥ — ص ٢٥٦) .

ولا أن يطلب إثبات وقائع تتعارض مع البيانات الثابتة بالورقة الرسمية حتى لو كان يتسلك مبدأً بثبوت بالكتابة ويريد أن يستكمله بالبيئة أو بالقرائن (١).

— طأ وتخلص إجراءات الطعن بالزور في أنه إذا ادعى خصم أن الورقة الشاعدة عليه مزورة، فله أن يظن لها بالزور في أية حالة تكون عليها الدعوى بتقرير في قلم الكتاب يملن الخصم الآخر بذكره تبين لها شواهد الزور وإجراءات التحقيق التي يطلب إثباته بها. حل أنه يجوز التسككة — ولو لم يدع أمانيها بالزور بالإجراءات المتقدمة — أن تحكم برد أية ورقة وبطلانها إذا ظهر لها بطلان من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة. فإذا ظن الخصم في الورقة بالزور، وكان الادعاء بالزور منتجاً في النزاع، ولم تكف وقائع الدعوى وستدانتها لاقتناع المحكمة بصحة الورقة أو بزيورها، ورأت أن إجراء التحقيق الذي طلبه الخصم في مذكرته منتج وجائز، أشرت بالتحقيق. وبفضل الحكم الصادر بالتحقيق حل الوقائع التي قبلت المحكمة بتحقيقها والإجراءات التي رأت إثباتها بها، ونظب أحد قضاة المحكمة لباثرة التحقيق، وتعيين خبير أو ثلاثة خبراء، والأمر بإيداع الورقة المظنون بزيورها قلم الكتاب مع بيان حالتها. ويجرى التحقيق بالمسحاة وبشهادة الشهود. وتكون المسحاة حل ما هو ثابت مسدود من تشهد عليه الورقة من أوراق رسمية أو أوراق ممتزج بها من أو حل علة أو إضافة الذي يكتبه أمام القاضي المختص بالتحقيق. أما الشهود فيسبون لها يعلق بصور الورقة من صاحب التوقيع، وتراعى في سماعهم القواعد المقررة في سماع شهادة الشهود. والحكم بالتحقيق يوقف صلاحية الورقة لتنفيذ دون إخلال بالإجراءات التحفظية. وإذا حكم بفسق حل مدعى الزور في ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة مقدارها ٢٥ جنياً مصرياً. ولا يحكم عليه بغيره إذا ثبت بطلان ما ادعاه. (انظر المواد من ٢٨١ إلى ٢٩٠ من تقنين المرافعات).

وتنظم المادة ٢٩١ من تقنين المرافعات دعوى الزور الأصلية فتخص حل أنه «يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بورقة مزورة أن يمتنع من بيده تلك الورقة ومن يستفيد منها لبيع الحكم بزيورها، ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة، وتراعى الإجراءات المتقدمة».

(٢) أبريل ورو ١٢ فقرة ٧٥٥ ص ١٧٢ - ص ١٧٢ — وتقول المذكرة الإيضاحية المقروءة التمهيد في صدد ماقدناه من البيانات التي تقوم حبيبها إلى حد الطعن بالزور ما يأتي : «وله تكفل النص بصحيد هذه البيانات، فقصراً حل الأمور التي يثبتها الموظف العام في حدود مهمته أو التي تصدر من ذوى الشأن في حضوره. وهي بهذا الوصف تتضمن : (أ) ما ثبت الموظف العام من وقائع أو أمور باحبار أنه تولى ضبطها بنفسه. ومن قبيل هذه الوقائع أو الأمور : التوقيع ويعبر ثابته من يوم تلقى الورقة وقبل قهدها في السجل المد للذك، وبين مكان تلقى الورقة، والكتابة، وتوقيع ذوى الشأن، وتوقيع الموق، والبيانات المتعلقة بإتمام الإجراءات التي يطلبها القانون. (ب) ما صدر من ذوى الشأن في حضور الموظف وبذلك يلمس من طريق الاتصال بالسج أو التوقيع تحت القصر، كالإقرارات أو وقائع التسليم. ويرى أن الموظف العام يثبت واقعة الإدلاء بهذه الإقرارات دون أن يس في ذلك سحياً، فلو قرر أحد المصالحين أنه باع وقرّر الآخر أنه أعتن، أثبت الموق عين الإقرارين، وكان إثباتهما ملحقاً حل الإدلاء بما لا حل صفة الوقائع التي تطوى لهما».

وله أن يظن بالتزوير في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف<sup>(١)</sup> ، ولكن لا لأول مرة أمام محكمة النقض ، وذلك كله بشرط ألا يكون الظن بالتزوير كذيباً<sup>(٢)</sup> .

٩٢ - حجة المورد الرسمية متى يقوم الدليل على العكس :  
أما ما أثبتته الموثق في الورقة الرسمية باعتباره وارداً على لسان ذوى الشأن من بيانات ، فلا تصل الحجية فيه إلى حد الظن بالتزوير . بل يعتبر ما ورد من ذلك صحيحاً في ذاته إلى أن يثبت صاحب المصلحة عكسه بالطرق المقررة في قواعد الإثبات<sup>(٣)</sup> . ومن هذه القواعد أنه لا يجوز إثبات عكس ما بالورقة المكتوبة إلا بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة مستكلاً بالينة أو بالقرائن . فلا يجوز إذن إثبات عكس ما ورد في الورقة الرسمية على لسان ذوى الشأن إلا إذا كانت هناك كتابة تثبت هذا العكس ، أو في القليل مبدأ ثبوت بالكتابة تعززه البينة أو القرائن<sup>(٤)</sup> .

= ويشترط أن تكون الوقائع والأُمور المتقدم ذكرها ما يدخل في حدود مهمة الموثق، لأن إلحاق الصفة الرسمية بما يثبت الموظف العام في المخر مشروط بالتصاغر على هذه الحدود ، كما رسمها نص القانون ، فإن جاوزها انقطعت عنه الولاية ، وسقطت تبعاً لذلك قيمة ما يتولى إثباته على هذا الوجه . فلو أثبت الموثق أن المتأقذ متنع بقواه العقلية مثلاً ، فلا يكون لإثبات هذه الواقعة أثر في إمكان الاحتجاج بها ، لأن إثباتها ليس ما يدخل في مهمة من يتولى التوثيق « ( مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٣٥٦ ) .

(١) استئناف مخطوط ٢٢ يونية سنة ١٩٣٩ م ٥٢٠ ص ٥٦ .

(٢) استئناف مخطوط ١٠ أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١١ .

(٣) بلانيول وريبير وجاويلد ٧ فقرة ١٤٥٤ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المحررات الرسمية تكون حجة على أي شخص ما لم يحصل الادعاء بتزوير ما هو مدون بها بمجردة المأمور المحرر لها ، وعلى ذلك فلا يجوز إثبات خلاف ما ورد فيها بالينة أو بقرائن الأحوال مهما كانت قوة هذه القرائن لثقة الموجودة في هذه الأوراق الرسمية ، إلا أنه فيما يخص بما يقرره الخصوم أمام المأمور المحرر فما كونه بمحضه من وقائع حصلت بغير حضوره فيجوز إثبات ما يخالفها بالينة أو بقرائن الأحوال بشرط أن يكون هناك مبدأ ثبوت بالكتابة ( استئناف مصر ٢٨ يونية سنة ١٩٢٥ ، المحاماة ٦ رقم ١٠٠ ص ١٣٧ ) . أنظر أيضاً في هذا المنحى : استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ المحررة الرسمية ٣٢ رقم ٤ ص ٥٧ . استئناف مخطوط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١٠٨ ص ١٦٤ - ٢١ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٢٤ - ٦ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٨ =

والأصل في هذه المسألة أن كل طعن في بيان ولود بورقة رسمية ، يتضمن مساساً بأمانة الموثق وصدقه ، لا يكون إلا عن طريق الطعن بالتزوير كما رأينا . ذلك أن اختيار الموظف العام خاضع لشروط تتوافر بها الثقة به ، وهو معرض لعقوبات قاسية فيها إذا أخل بهذه الثقة (١) . أما الطعن الذي لا يتضمن مساساً بأمانة الموثق أو بصدقه فيكفي فيه إثبات العكس على النحو الذي قررناه .

ومن ثم يكون البيان المتعلق بتأكد الموثق من شخصية المتعاقدين وبكتبته من أهليتهما ورضائهما لا يجوز إنكاره إلا بطريق الطعن بالتزوير كما قدمنا . ولكن إذا اقتصر المدعى على إنكار شخصية المتعاقدين أو إنكار توافر الأهلية فيهما أو إنكار أن رضاهما صحيح غير مشوب بعيب ، دون أن يتعرض لتثبت الموثق من كل ذلك ، جاز أن يثبت ما يدعيه بالطرق المقررة دون حاجة إلى الطعن بالتزوير ، لأن المدعى لا يتشكك في ذمة الموثق ، إذ هو يعلم أن الموثق قد تأكد من كل ذلك ، ولكن بالرغم من هذا التأكد فإنه قد أخطأ عن حسن نية .

وكذلك البيانات العامة التي يثبتها الموثق بعضها لا يجوز إنكاره بتاتاً إلا بطريق الطعن بالتزوير ، كتاريخ الورقة الرسمية الذي يعتبر تاريخاً ثابتاً كما قدمنا ، واسم الموثق ، وبيان ما إذا كان التوثيق قد تم في المكتب أو في مكان آخر ، وحضور الشهود ، وحضور أصحاب الشأن ، والتوقيعات ، وقد تقدم ذكر ذلك . أما حقيقة أسماء أصحاب الشأن وأسماء الشهود وحقيقة ألقابهم وصناعاتهم ومحال إقامتهم ، فما قرروه من ذلك في الورقة الرسمية له ناحيتان : واقعة التقرير ولها حجية حتى الطعن بالتزوير لأن إنكارها يمس أمانة الموظف ، وصحة التقرير في ذاته أي صحة الأسماء والألقاب والصناعات ومحال الإقامة وهذه يكفي فيها إثبات العكس لأن الإنكار في هذا كله لا يمس أمانة الموثق إذ هو لم يكتب إلا ما قرره هؤلاء على عهدتهم ، صادقين كانوا أو كاذبين .

---

١ - ٤ يونيو سنة ١٧٩٠ م ٢ م ٥١٧ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٧ م ٩٨ -  
١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ م ٩ - ١٨ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ م ٢٢٢ - ١٤ يناير  
سنة ١٨٩٧ م ٩ م ١١٩ - ١٧ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ م ١٨٨ - ٢٢ يناير سنة  
١٩٠٢ م ١٤ م ٨٦ .

(١) بلاليل وريير وجايلول ٧ فقرة ١٥٢ .



ثم إن البيانات الخاصة بموضوع الورقة الرسمية لها أيضاً ناحيتان : **واقعة** **التقرير** - أى أن أصحاب الشأن قرروا أمام الموثق كذا وكذا - وهذه لها حجية إلى حد الطعن بالتزوير ، ثم صحة التقرير في ذاته وهذه يجوز إنكارها وإثبات العكس لأن ذلك لا يمس أمانة الموثق . مثل ذلك أن يثبت الموثق أن أحد المتعاقدين قرر أنه باع للمتعاقد الآخر داراً وقرر المتعاقد الآخر أنه اشترى هذه الدار ، فواقعة التقرير من بيع وشراء لها حجية إلى حد الطعن بالتزوير ، ولكن هذا لا يمنع ذا المصلحة ، وهو لا يتعرض لواقعة التقرير في ذاتها ولا يمس بذلك أمانة الموثق ، من أن يتمسك بأن هذا البيع صوري بالرغم من أن المتعاقدين قرروا أمام الموثق غير ذلك ، وله أن يثبت هذه الصورية بالطرق المقررة قانوناً دون حاجة إلى الطعن بالتزوير . ولو أثبت الموثق أن المشتري دفع أمامه الثمن وقدره كذا إلى البائع ، فواقعة دفع مبلغ قدره كذا له حجية إلى حد الطعن بالتزوير ، ولكن هذا لا يمنع ذا المصلحة من إثبات أن الدفع بالرغم من صحة واقعة في ذاتها كان دفعا صورياً ، بأن كانت النقود هي نقود البائع وأعطاها للمشتري ليسلمها هذا له أمام الموثق <sup>(١)</sup> ، أو بأن النقود التي دفعها المشتري أمام الموثق أعادها له البائع بعد خروجهما ، وله أن يثبت ذلك بالطرق المقررة قانوناً دون حاجة إلى الطعن بالتزوير لأنه لا يمس في ادعائه هذا أمانة الموثق <sup>(٢)</sup> .

(١) استئناف مخطوط ٧ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٩ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : وتكون إقرارات ذوي الشأن حجة على الكافة ( ما لم يظن في صحتها بالتزوير ) . ويرامى أن المشروع قد استعاض ببشارة « صحة الإقرارات » من اصطلاح « صحة الاتفاق » وهو الاصطلاح الذي اختاره التقنين الفرنسي والتقنين الإيطالي والمشروع الفرنسي الإيطالي في معرض التعبير . والواقع أنه ينبغي تحاشي الخلط بين صحة واقعة انعقاد العقد وبين صحة هذا العقد في ذاته . فإذا قرر ذور لقائن بمحض من الموظف أن أحدهما باع وأن الآخر اشترى ، فالورقة الرسمية تعتبر حجة على صدور الإقرارين وإثبات الموظف لما بعد أن اتصل باسمه إلى أن يظن فيها بالتزوير . أما حقيقة ملين الإقرارين في ذاتهما ، من حيث مبلغ مطالبتهما الواقع ، فلا حجة للموثق في العلم بها وإثباتها ، لأنها ليست مما يقع تحت حبه . ومردى هذا أن مجرد إثبات إقرار من الإقرارات في ورقة رسمية لا يستتبع إمكان الاحتجاج بصحة الذاتية إلى أن يظن في حله الورقة بالتزوير . حل أن مثل هذا الإقرار يحتر صيحاً إلى أن يثبت العكس ، تقريراً على أن الأصل في الإقرارات أن تكون صحيحة ، أما الصورية فهي استثناء يتعين حل من يتمسك به أن يقدم الدليل عليه وفقاً للقواعد العامة في الإثبات ( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢٥٦ - من ٢٥٧ ) .

وكذلك قيام التصرف القانوني ذاته وصحته التي تفترض توافر الأهلية والخلو من عيوب الرضاء ووجود محل صالح وسبب مشروع ، ونفاذ التصرف القانوني فيما بين الطرفين وفي حق الغير ، كل ذلك لا شأن له بما قرره الموثق من وقوع التصرف ، فلكل ذي مصلحة أن ينازع في أية مسألة من هذه وعليه إثبات ما يدعيه وفقاً للقواعد المقررة قانوناً<sup>(١)</sup>.

## المبحث الثاني

### حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير

٩٣ - قاعدة عامة : رأينا أن المادة ٣٩١ من التقنين المدني تقضى بأن الورقة الرسمية حجة على الناس كافة . فهي إذن حجة بما جاء فيها ، لا على أصحاب الشأن وحدهم ، بل هي أيضاً حجة على الغير<sup>(٢)</sup>.

وقد رأينا فيما تقدم كيف تكون حجة على أصحاب الشأن ، فبسطنا متى تقوم هذه الحجة إلى حد الطعن بالتزوير ومتى تقوم حتى يقدم الدليل على العكس .

ونستعرض هنا بالنسبة إلى الغير ما قلناه بالنسبة إلى أصحاب الشأن ، فنذكر متى تكون الورقة الرسمية حجة على الغير إلى حد الطعن بالتزوير ، ومتى تكون حجة على الغير حتى يقوم الدليل على العكس .

---

(١) فلأن ورقة البائع ادعوا أن مورثهم كان مجنوناً وقت إمضاء البيع ، فسلمهم إلبات ما ادعوه ، ولم أن يثبتوه بجميع الطرق دون حاجة إلى الطعن بالتزوير ، وذلك بالرغم مما أثبتته الموثق في الورقة الرسمية من أن البائع كان سليم العقل ، لأن الورقة الرسمية ليست بمعدة لإثبات ذلك (كولان وكايتان ٢ فقرة ٧٤٤ ص ٥٠٠) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ونعتبر الورقة الرسمية حجة ، لا بالنسبة للمتفاعلين وحدهم ، بل وبالنسبة لغير كذلك ، شأنها في ذلك شأن الورقة العرفية فيما عدا التنازع .. وقد نص التقنين المراكشى ( ٤١٩ م ) والتقنين المصري ( ٢٩١/٢٢٩ م ) صراحة على هذا الحكم ، وتبهما المشروع في ذلك » ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٣٥٥ ) .

#### ٩٤ - حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير إلى حد الطعن بالتزوير :

قد يكون هناك محل للاحتجاج على الغير بالورقة الرسمية . مثل ذلك مدين بيع داراً له بورقة رسمية ، ويدعى الدائن أن هذا البيع الرسمى لم يصدر من مديته ليتمكن بذلك من التنفيذ بحقه على الدار المبيعة . ومثل ذلك أيضاً مؤجر العقار يبيعه بورقة رسمية ، ويدعى المستأجر أن البيع لم يصدر من المؤجر وذلك حتى يبقى في العين المؤجرة فلا يخرجها منها المشتري بالرغم من أن عقد الإيجار غير ثابت التاريخ<sup>(١)</sup> . أو يثبت مؤجر العقار الذى باعه المخالصة بالأجرة عن مدة ستقبل في ورقة رسمية ، فينكر المشتري صدور هذه المخالصة من المؤجر ليتمكن بعد أن يستبقى المستأجر في العين من مطالبة بهذه الأجرة<sup>(٢)</sup> .

في هذه القروض وغيرها تكون للورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير عين الحجية التي لها فيما بين الطرفين على النحو الذى قلناه . فيستطيع المشتري من المدين ، في المثل الأول ، أن يحتج بالبيع الرسمى على دائن البائع ، ولا يجوز للدائن ، إلى أن يظعن بالتزوير ، أن ينكر ما ورد في الورقة الرسمية من أمور قام بها الموثق في حدود مهمته أو بيانات وقعت من ذوى الشأن في حضوره ، كصدور البيع من المدين وتاريخ الورقة الرسمية وحضور الشهود وصحة التوقيعات وما ذكره الموثق من أن المشتري دفع أمامه الثمن إلى المدين وغير ذلك من الأمور التي فصلناها فيما تقدم في صدد الكلام في حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين . كذلك في المثل الثاني لا يجوز للمستأجر ، إلى أن يظعن بالتزوير ، أن ينكر ما ورد في ورقة البيع الرسمية الصادرة من المؤجر على النحو الذى قلناه . وفي المثل الثالث لا يجوز للمشتري ، إلى أن يظعن بالتزوير ، أن ينكر المخالصة بالأجرة الصادرة من المؤجر إلى المستأجر .

وظاهر من الأمثلة التي قلناها أن الغير الذى يحتج عليه بالورقة الرسمية هو نفس الغير الذى يحتج عليه بالتصرف القانونى ، فهو في المثلين الأولين الدائن وفي المثل الأخير الخلف الخاص . ولما كان التصرف القانونى سارياً في حقه ، فقد

(١) انظر المادة ٦٠٤ فقرة أول مدق .

(٢) انظر المادة ٦٠٤ فقرة ثانية مدق .

وجب إثباته بالنسبة إليه ، فيثبت بالورقة التي أثبت فيها التصرف على النحو الذي قلناه<sup>(١)</sup>.

## ٩٥ - حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير متى يقوم الدليل

على العكس : ولكن حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير ، كحجيتها فيما بين الطرفين ، لا تمنع الغير من إنكار صحة الوقائع التي أثبتتها الموثق في ذاتها ، دون أن يتعرض في ذلك لأمانة الموثق أو صدقه . ولا يحتاج في ذلك إلى الطعن بالتزوير ، بل يكفي أن يقدم الدليل على العكس بالطرق المقررة قانوناً . وله أن يثأر في صحة التصرف أو في نفاذه في حقه وفقاً للقواعد التي قررها القانون . فلما كان البائع له أن يطعن بالصورية في البيع الرسمي الصادر من مدبته ، وأن يثبت هذه الصورية بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن لأنه من الغير<sup>(٢)</sup> . كذلك المستأجر له أن يطعن بالصورية في البيع الرسمي الصادر من المؤجر ، وأن يثبت الصورية بجميع الطرق لأنه من الغير ، وله أيضاً دون أن يطعن في البيع

(١) ويسعى في الاحتجاج على الغير بالتصرف القسانون أن يكون ذلك باعتباره تصرفاً قانونياً أو باعتباره واقعة مادية . فإذا اشترى شخص عقاراً من غير مالك بمقابلة بيع أثبت في ورقة رسمية ، فإن هذا البيع ، وهو تصرف قانوني ، ينتج به على مالك العقار كسب صحيح فملك بالتقادم القصير ، ويكون ذلك باعتبار البيع بالنسبة إلى المالك واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً . ومع ذلك تكون رسمية البيع حجة على المالك ، فلا يستطيع أن ينكر من هذه الورقة الرسمية ما يجب لإنكاره الطعن بالتزوير إلا عن هذا الطريق .

(٢) فوجب إذن التمييز — في حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير كما في حجييتها فيما بين المتعاقدين — بين صحة صدور ما ذكر الموثق أنه رآه بعينه أو سمعه بأذنه (de visu aut de auditu) والتشكك في صحة صدوره من بأمانة الموثق وصدقه ومن ثم فلا يجوز الإنكار إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، وبين صحة هذه الوقائع ذاتها وهل هي جديدة أو صورية وهذا ليس فيه ساس بأمانة الموثق أو صدقه ومن ثم جاز إنكاره دون طعن بالتزوير ويمكن تقديم الدليل على العكس بالطرق المقررة قانوناً ، وبين حكم القسانون في التصرف الثابت في الورقة الرسمية وهل هو يمس في حق الغير وهل هو مشوب بعيب من عيوب الإرادة وهل له محل مشروع وسبب مشروع وكيف يفسر وما إلى ذلك وهنا لا نعرض للورقة الرسمية التي هي طريق للإثبات (instrumentum) بل نعرض لتصرف القانون ذاته (negotium) وننزل عليه حكم القسانون فلا محل للكلام في الطعن بالتزوير أو الاكتفاء بتقديم الدليل على العكس في هذا الصدد (توليه ٨ بقرة ١٢٢ — ديرانتون ١٣ بقرة ٨٤ — بقرة ٨٥ — ديولوب ٢٩ بقرة ٢٧٩ — أوبري ورود ١٢ بقرة ٧٥٥ ص ١٧٤ — ص ١٧٦ ) .

بالصوربة أن يتمسك بأنه لا يسرى في حقه لأن عقد الإيجار ثابت التاريخ وسابق على عقد البيع . ويستطيع المشتري لعين المؤجرة أن يظن في المخالفة الصادرة من المأجر إلى المستأجر بالصوربة على النحو الذي قدمناه ، كما يستطيع باسم البائع أن يظن فيها بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أو بنقص الأهلية أو بغير ذلك من الميوب التي تشوب التصرف القانوني .

ونرى من ذلك أن حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير هي ذات حجيتهما فيما بين الطرفين . وكل ما ذكرناه هناك يسرى هنا <sup>(١)</sup> .

(١) ومن ذلك أيضاً أن البيانات الواردة على سبيل الإخبار (énunciation) في الورقة الرسمية في غير موضوعها ، ولكنها متصلة بالموضوع اتصالاً مباشراً ، تكون لها حجية البيانات الواردة على سبيل التصريح (disposition) في الموضوع ، بالنسبة إلى الغير ، كما أن لها هذه الحجية فيما بين الطرفين . وقد ضرب أوبري درو لذلك مثلاً سبق ذكره : إقراراً بإيراد مؤبد في ورقة رسمية ، وورد في الورقة أن الإيراد قد نقص بسبب دفع جزء من رأس المال أو أن جميع أقساط الإيراد السابقة قد دفت ، فهذه البيانات المتصلة بالموضوع اتصالاً مباشراً لها حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين ، وكذلك تكون لها هذه الحجية بالنسبة إلى الغير . ويتحقق ذلك إذا كان الدائن بالإيراد دائن حازر أو كان الدائن بالإيراد قد زل عنه لشخص آخر ، فلو ورد في الورقة الرسمية من أن جزءاً من رأس المال قد دفع أو أن الأقساط السابقة قد وفيت جميعها تكون له حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الدائن الحازر أو المتنازل له عن الإيراد . وهذا كله فيما إذا كان الطرفان في الورقة الرسمية يملكان قانوناً للتأثير في حقوق الغير ، بأن كان التصرف المتسانون (negotium) الذي عقدها فيما بينهما من شأنه أن يسرى في حقه . فإن لم يكن الأمر كذلك ، لم يكن لها تأثيراً حجية بالنسبة إلى الغير . فلو ورد في البيع الرسمي أن الدار حق حقل على القطار المأجور ، لم يكن لهذا البيان حجية بالنسبة إلى صاحب هذا القطار . ولو ورد في هذا البيع الرسمي أن البائع يملك الدار منذ ذكر تاريخه ، لم يكن لهذا البيان أيضاً حجية بالنسبة إلى المالك الحقيقي الدار إذا أراد المشتري أن يبيع عليه بالتقادم القصير ويتمسك بحجته البائع من التاريخ المذكور في الورقة الرسمية ليسها إلى مدة حيازته (أوبري درو ١٢ لفرة ٧٥٥ ص ١٧٧ - من ١٧٩) . وقد ذكر أوبري درو (في حاشي ص ١٧٧) أن بعض الفقهاء (توليه ٨ لفرة ١٥٧ ولفرة ١٦١ - ديرانتون ١٣ لفرة ٩٨ - زاهارويه لفرة ٧٥٩ مع حاشي رقم ١٥) يذهبون إلى أنه لا حجية بالنسبة إلى الغير لبيانات المستقلة من موضوع الورقة والواردة على سبيل الإخبار ولو كانت متصلة اتصالاً مباشراً بهذا الموضوع ، ولو كان الطرفان يملكان للتأثير في حق الغير . ويقول أوبري درو بحق أن هؤلاء الفقهاء يخلطون بين صفة صدور هذه البيانات من الطرفين ، وهذا له حجية بالنسبة إلى الغير إلى حد العلم بالتزوير ، وبين صفة الوقائع التي تنصت فيها هذه البيانات في ذاتها ، وهذه الوقائع يجوز للغير أن يقيم الدليل على عكسها بالطرق المقررة قانوناً دون حاجة إلى العلم بالتزوير .

## المبحث الثالث

### حجة الورقة الرسمية فيما يتعلق بالصور

٩٦ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٣٩٢ من التقنين المدني

على ما يأتي .

١ - إذا كان أصل الورقة الرسمية موجوداً ، فإن صورتها الرسمية ، خطية كانت أو فوتوغرافية ، تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل .

٢ - وتعتبر الصورة مطابقة للأصل . ما لم يتنازع في ذلك أحد الطرفين . وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل .

وتنص المادة ٣٩٣ على ما يأتي :

« إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية ، كانت الصورة حجة على الوجه الآتي :

( أ ) يكون للصور الرسمية الأصلية ، تنفيذية كانت أو غير تنفيذية ، حجة الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل .

( ب ) ويكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجة ذاتها ، ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها . ج ) أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتد به إلا لجرد الاستئناس تبعاً للظروف » (١) .

(١) تاريخ النصوص - المادة ٣٩٢ : ورد هذا النص في المادة ٥٣٥ من المشروع

النهدي على الوجه الآتي : « ١ - إذا كان أصل الورقة الرسمية موجوداً ، فإن الصور الخطية أو الفوتوغرافية الصادرة من موظف عام كتب الأصل أو حفظه بين أوراقه ، تكون حجة بالقدر الذي يمتد في مطابقة الصورة للأصل . ٢ - ويجوز لكل من الطرفين أن يطلب مراجعة الصورة على الأصل ، حل أن يتم ذلك في مواجهتهما . وفي هذه الحالة يجوز للشخص أن يأمر باستحضار الأصل . وفي لجنة المراجعة اقترح حذف عبارة « الصادرة من موظف عام كتب الأصل أو حفظه بين أوراقه » من الفقرة الأولى لعدم ضرورتها ، مع تعديل الفقرة تمديداً للفقرة : وكذلك اقترح تعديل الفقرة الثانية لاستظهار قرينة مطابقة الصورة للأصل ما لم يتنازع أحد الطرفين »

ويقابل هذان النصان في التقنين المدني القديم المادة ٢٣١/٢٩٦<sup>(٢)</sup> وبقابلان في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون الينيات السوري المادتين السابعة والثامنة ، وفي التقنين المدني العراقي المواد من ٤٥٢ إلى ٤٥٤ ، وفي تقنين

= في ذلك ، ولتحتم مضاعفة الصورة على الأصل عند المنازعة وكان هذا الأمر جوازياً للقاضي في المشروع التمهيدى كما رأينا . فقبلت اللجنة الاقتراحين ، وأصبح النص النهائي المادة مطابقتاً لما جاء في التقنين الجديد ، وصارت المادة رقمها ٤٠٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل . وكذلك فعلت لجنة الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ٢٩٢ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ ( مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٢ ) .

المادة ٢٩٢ : ورد هذا النص في المادة ٣٦٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « أما إذا فقد الأصل ، فتكون الصورة الخطية أو الفوتوغرافية حجة على الوجه الآتي : أ - يكون للصورة التنفيذية أو للصورة الأولى حجة الأصل إذا صدرت من موظف عام مختص وكان مظهرها الخارجى لايسمح بالشك في مطابقتها للأصل . ب - ويكون للصورة الخطية أو الفوتوغرافية المأخوذة من الصورة التنفيذية أو الصورة الأولى ذات الحجية إذا صدرت هذه الصورة من موظف عام مختص . ويجوز في هذه الحالة أن يطلب الطرفان إضمار الصورة التنفيذية أو الصورة الأولى ، كما يجوز للقاضي أن يأمر بإضمارها . ج - أما ما يؤخذ بعد ذلك من صور خطية أو فوتوغرافية ، فلا يكون إلا مجرد الاستئناس فيما ظهروا » . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً يجعله أمك في تأدية المص المقصود ، فأصبح يكاد يكون مطابقاً لما انتهى إليه . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل ، وجعل رقمه ٤٠٦ . وفي لجنة الشيوخ اتجه الرأي أولاً إلى استبعاد حكم البند ١ « أ » من النص ، وقبل إن في بقائه خطورة إذ قد تكون الصورة خالية من الثوابت في مظهرها الخارجى ولكنها لا تطابق الأصل ، وعدم وجود هذا الأصل سيكون حائلاً دون تحقيق صحتها ، فإسقاطها فترة الأصل ينطوي على مجازفة . ورأى أحد الأعضاء ، مع ذلك ، أن تكون للصورة الرسمية الأصلية قوة مبدأ الثبوت بالكتابة . ولكن اللجنة طادت فأبقت النص بعد أن تبينت صحة حكمه من واقع المراجع القانونية . ثم استبدلت في البند « ب » عبارة « الصورة الأصلية التي أخذت منها » بعبارة « الأصل الذي أخذت منه » زيادة في الإيضاح ، وحلقت عبارة « كما يجوز للقاضي أن يأمر بإضمارها » كما أضافت كلمة « رسمية » بعد كلمة « صورة » في البند « ج » . وأصبحت المادة رقمها ٢٩٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة ( مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٣٦٢ - ص ٣٦٧ ) . هذا والمادة ٢٩٢ من التقنين الجديد منقولة عن المادة ٢٩١ من المشروع الفرنسي الإيطالي .

(١) وكانت المادة ٢٣١/٢٩٦ من التقنين المدني القديم تنص على ما يأتي : « إذا قدم المص صور مستات غير صورها الواجبة التنفيذ وهي صورها الأولى ، ولم يقدم الأصل ، وكانت الصور المذكورة حمرة بمعرفة أحد المأمورين المسميين ، فلقاضي النظر في درجة أمثاد تلك الصور ، وعلى كل حال فإنها تستبر في مقام بياحه الثبوت بالكتابة » . وسيفسط حكم هذا النص ونفارد ما بين التقنينين القديم والحديث فيما يلي .

أهم، هذه الكمات المدنية البتاني للواد من ١٧٣ إلى ١٧٦ ، وفي التقنين للمدني  
الجبلي المادنين ٣٧٩ و ٣٨٠<sup>(١)</sup> - ويقابلان في التقنين للمدني القرنى المادنين

(١) التقنينات العربية الأخرى - قانون البينات السورى م ٧ : ١ - إذا كان أصل السند  
الرسى موجوداً ، فإن الصور الخطية والفتوغرافية التي نقلت منه وصدرت عن موظف عام في  
حدود اختصاصه تكون لها قوة السند الرسمى الأصلى بالقدر الذى يثبت فيه مطابقة الصورة  
للأصل . ٢ - وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ، ما لم يتنازع في ذلك أحد الطرفين ، وفي هذه الحالة  
تراجع الصورة على الأصل - م ٨ : إذا لم يوجد أصل السند الرسمى ، كانت الصورة الخطية  
أو الفتوغرافية حجة على الوجه الآتى : ١ - يكون للصورة الأولى قوة الأصل إذا صدرت  
من موظف عام مختص وكان مظهرها الخارجى لا يتطرق منه الشك في مطابقتها للأصل . ب - ويكون  
الصورة الخطية أو الفتوغرافية المأخوذة من الصورة الأولى نفس القوة إذا صدرت من موظف  
عام مختص بصافته على مطابقتها للأصل الذى أعيدت منه . ويكون لكل من الطرفين أن  
يطلب مراجعة هذه الصورة على الصورة الأولى على أن تتم المراجعة في مواجهة المحصرم .  
ج - أما الصورة المأخوذة عن الصورة الثانية فيمكن الاستئناس بها تبعاً للظروف .

تقنين أصول المحاكمات المدنية البتاني - م ١٧٣ : إن إبراز نسخة من السند مع وجود  
السند الأصل لا يبنى من إبراز هذا السند ، إذ أنه يجوز تثبت إبراز السند الأصل في كل حين -  
م ١٧٤ : إذا فقد السند الأصلى بمصاحبه بالنسخة الرسمية - م ١٧٥ : إن إدراج السند  
الرسى في السجلات الرسمية لا يصلح إلا كدليل بينة خطية ، ويجب مع ذلك أن يثبت فقدان  
جميع الأصول المملوكة عند الكاتب العدل والمختصة بالسند التى يظهر أن السند أنهى في خلالها  
أو أن تقام البينة على أن فقدان أصل هذا السند نتج عن حادث خاص - م ١٧٦ : إذا ظهر  
من نسخة السند في الحالة المبينة في المادة السابقة - أن السند أنهى بحضور جهود ، وجب دعوة  
هؤلاء الشهود أمام القاضى .

التقنين المدنى العراقى - م ٥٠٢ : ١ - إذا كان أصل السند الرسمى موجوداً ، فإن  
صورته الرسمية ، خطية كانت أو فتوغرافية ، المصدرة من موظف عام مختص ، تكون حجة  
بالقدر الذى تكون فيه مطابقة للأصل . ٢ - وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ، ما لم يتنازع في  
ذلك أحد الطرفين ، وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل - م ٥٠٣ : إذا لم يوجد السند  
الرسى ، كانت الصورة حجة على الوجه الآتى : ١ - يكون للصورة الرسمية الأصلية ، تنفيذه  
كانت أو غير تنفيذه ، حجة الأصل إذا كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك في مطابقتها  
للأصل . ب - وتكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجة ذاتها . ولكن  
يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين مراجعتها على الأصل الذى أعيدت منه . ج - أما ما يؤخذ  
من صور الصورة المأخوذة من الصور الأصلية فلا يثبت به إلا غير الاستئناس تبعاً للظروف -  
م ٥٠٤ : القرائن الرسمية ، كالبرائن والقرائن والإجراءات الملكية وشهادات الاستماع  
والعلائق الفارقة والجنسية وأحكام المحاكم وسجلات القسوة وسجلاتها وسجلات الطابو المدنية  
وسجلاتها ، تكون حجة على الناس كافة بما دونها ، ما لم يظن فيها بالتزوير .



= التقنين المدني المملوكة للبيئة المتبعة : م ٣٧٩ و ٣٨٠ : مطابقتان لمادتين ٣٩٢ و ٣٩٣ من التقنين المدني المصري .

ويبين من مطالعة هذه النصوص أن أحكام التقنينات العربية الأخرى في هذه المسألة تطابق أحكام التقنين المصري ، وذلك فيما عدا فروقاً بسيطة في التقنين اللبناني .

(١) التقنين المدني الفرنسي — م ١٣٣٤ : إذا كان أصل السند باطلاً ، فلا يمكن لصوره من الحجية إلا بما ورد في الأصل ، ويجوز دائماً المطالبة بإبراز الأصل . م ١٣٣٥ : إذا فقد أصل السند ، كانت الصور حجة على الوجه الآتي : — يكون للصور التنفيذية أو الصور الأولى حجية السند الأصل . وكذلك الحال بالنسبة إلى الصور التي أمر بأخذها القاضي بحضور أصحاب الشأن أو بعد دعوتهم الحضور ، وبالنسبة إلى الصور التي أخذت بحضور أصحاب الشأن وبترأس منهم . ٢ — الصور التي أعطت ، بعد تسليم الصور التنفيذية أو الصور الأولى ، ومن غير أمر القاضي أو ترأسي الخصوم ، من أصل السند بواسطة الموثق الذي تلقاها أو أحد من خلفائه أو موثف عام يحفظ بحكم وظفته أصول السندات ، يجوز أن تكون لها حجية الأصل ، إذا فقد الأصل ، بشرط أن تكون قديمة . وتعتبر قديمة إذا كان قد مضى عليها أكثر من ثلاثين سنة . فإن كان قد مضى عليها أقل من ثلاثين سنة ، فلا تصلح إلا مبدأً لثبوت بالكتابة . ٣ — إذا كانت الصور المأخوذة من أصل السند لم يأخذها الموثق الذي تلقاها أو أحد من خلفائه أو موثف عام يحفظ بحكم وظفته أصول السندات ، فهي لا تصلح ، مهما كانت قديمة ، إلا مبدأً لثبوت بالكتابة . ٤ — أما صور الصور فيجوز الاستئناس بها تبعاً للظروف . ( انظر أيضاً المادة ١٣٣٦ من التقنين المدني الفرنسي . وهي لقابل المادة ١٧٦ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، وقد تقدم ذكرها ) .

وهذا هو الأصل الفرنسي لهذه النصوص :

Art. 1334 : Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée.

Art. 1335 : Lorsque le titre original n'existe plus, les copies font foi d'après les distinctions suivantes :

10. Les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original ; Il en est de même des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, ou de celles qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque.

20. Les copies qui, sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, auront été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, peuvent, en cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes. Elles sont considérées comme =

٩٧ - الأصل والصورة : وتعرض هذه النصوص لحجة صور الورقة الرسمية . ذلك أن كل ما قدمناه في حجة الورقة الرسمية إنما يرد في حجة أصل الورقة لا في حجة صورها . والفرق بين الأصل والصورة أن الأصل هو الذي يحمل التوقيعات إذ أن جميع من وقعوا الورقة الرسمية إنما وقعوا على الأصل ، هذا إلى أن الأصل هو الورقة بعينها التي صدرت من الموثق . أما صورة الورقة الرسمية فهي لا تحمل التوقيعات وليست هي التي صدرت من الموثق ، بل هي منقولة عن الأصل بواسطة موظف عام مختص ، فهي من هذه الناحية ورقة رسمية ولكن رسميتها في أنها صورة لا في أنها أصل<sup>(١)</sup> . والمقروض أنها مطابقة للأصل مطابقة تامة ، بما ورد في الأصل من بيانات وما يحمله من توقيعات .

ولا فرق بين الصورة الخطية والصورة الفوتوغرافية مادامت كلتاها صورة

---

= anciennes quand elles ont plus de trente ans. Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit.

3o. Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne peuvent servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuves par écrit.

4o. Les copies des copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements.

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « والأصل في حجة الورقة الرسمية أن تكون قاصرة على نسخها الأصلية ، كما تقتضي بذلك صراحة المادة ١٩٢٥ من القانون المؤقت . ويتفرع عن ذلك أن الصور الخطية أو الشسية والصور التثليدية والصور الأولى لا تكون بذاتها حجة في الإثبات ، مع أن موظفاً عاماً يستثنى من مطابقتها للأصل . وهذه الملة ذكر النص على وجه التحديد أن الصور تكون حجة بالقدر الذي يترتب فيه مطابقتها للأصل ، مع مراعاة التقيد الآتي : ظني الشأن من الطرفين أن يطلب مراجعة الصورة على الأصل في مواجهة الطرف الآخر . ومؤدى هذا أن مجرد إنكار مطابقة الصورة للأصل يكفي للإلزام بتقديم الأصل ولو لم يكن هذا الإنكار مبرزاً بدليل » ( مجموعة الأصول التفسيرية ٣ ص ٣٦١ ) .

والمشروع التمهيدى — كما رأينا — لم يلزم القاضى باستحضار الأصل ، بل أجاز له ذلك ، فبجمل استحضار الأصل محل لتغييره . ولكن للمشروع قبليات جعل استحضار الأصل لازماً على قضاى

رسمية ، بل لعل الصورة الفوتوغرافية هي الأدق من الناحية التقنية<sup>(١)</sup> .

أما إذا كانت صورة الورقة الرسمية ليست هي ذاتها . صورة رسمية بل صورة حرفية ، فليست لها أية حجية

وتقل حجية الصورة الرسمية عن حجية الأصل . وليان ذلك يجب أن نميز بين فرضين : (أولاً) إذا كان الأصل موجوداً (ثانياً) إذا كان الأصل غير موجود<sup>(٢)</sup> .

**٩٨ - حجية الصورة إذا لم يكن الأصل موجوداً :** بيتا فيما تقدم أن أصل الورقة الرسمية يبقى محفوظاً في مكتب التوثيق الذي وثق الورقة . ومن ثم كانت الحالة الغالبة في حجية الصورة هي حالة ما إذا كان الأصل موجوداً ، إذ قل أن يتعلم هذا الأصل .

وإذاً يشترط لقيام هذا الفرض شرطان : (١) أن يكون أصل الورقة الرسمية موجوداً حتى يمكن الرجوع إليه عند الحاجة . (٢) أن تكون الورقة التي يحتج بها ليست هي هذا الأصل ، بل صورة من الأصل . ولكن يشترط في هذه الصورة أن تكون صورة رسمية ، فلو كانت صورة حرفية فلا يعتد بها كما قلنا . ويمكن أن تكون صورة رسمية ، دون حاجة إلى أن تكون صورة مأخوذة من الأصل بطريق مباشر : فقد تكون مأخوذة مباشرة من الأصل ، وفي هذه الحالة قد تكون هي الصورة التنفيذية (grosse) أو تكون صورة أولى بسيطة (expédition) . وقد تكون مأخوذة من صورة مأخوذة من الأصل ، أو من صورة مأخوذة عن صورة من الأصل ، أي إذا كان عدد الصور الرسمية التي توسطت بينها وبين الأصل . فما دام الأصل (minute) موجوداً فإنه يكفي في الصورة أن

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ويراهى أن النص سوى في الحكم بين الصور الشمسية (الفوتوغرافية) والصور الخلية إزاء شيوخ الركون إلى طريقة التصوير الشمسي بالنسبة للأوراق الرسمية في مصر . وقد قُضت المادة ٤٤٠ من التفتيش المراكشى على انسحاب الحكم نفسه على الصور الشمسية للأوراق المنقولة عن الأصل » ( مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٣٦٠ - ص ٣٦١ ) .

(٢) حتى ولو لم يكن مفقوداً ، ما دام أن تقديمه يتعذر . ومن هنا عدلت العبارة التي في صدر المادة ٣٩٣ فصارت : « إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية » ، وكانت في المشروع التمهيدى : « أما إذا فقد الأصل » ( مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٣٦٢ ) .

تكون صورة رسمية فحسب ، إذ يمكن دائماً مضاعفاتها على الأصل .

ومضى توافر هذان الشرطان ، كان للصورة الرسمية ، غطية كانت أو فوتوغرافية ، حجية في الإثبات بفضل قرينة قانونية وردت في الفقرة الثانية من المادة ٣٩٠ ، إذ قضى هذا النص بأن « تعتبر الصورة مطابقة للأصل ، ما لم ينافى في ذلك أحد الطرفين ، وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل » . ومن ذلك يبين أن القرينة هنا قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس .

فهى أولاً قرينة قانونية على المطابقة . وصاحب المصلحة يقتصر على تقديم الصورة . وهى التى تكون معه غالباً ، دون الأصل المدعى فى مكتب التوثيق . وعند ذلك يتبناها القاضي مطابقة للأصل دون أى تحقيق ، ويجعل لها حجية الإثبات التى للأصل على التفصيل الذى قلناه . ولكن الحجة هنا إنما تأتى من افتراض مطابقة للصورة للأصل ، فهى إذن حجة مستمدة من الأصل لا من الصورة .

وهى ثانياً قرينة قابلة لإثبات العكس . فللخصم أن ينافى فى مطابقتها للأصل . ويجرد المنازعة بكنى لإسقاط القرينة <sup>(١)</sup> وعند ذلك يتعين على المحكمة تحقيق

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى فى الفقرة الثانية من المادة ٥٣٥ ، على ما رأينا ، يجرى على الوجه الآتى : « ويجوز لكل من الطرفين أن يطلب مراجعة الصورة على الأصل ، على أن يتم ذلك فى مواجهتهما » . وفى هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر باستحضار الأصل . لوجود المتابعة فى المطابقة لا يمكن إسقاط القرينة ، بل يترك ذلك إلى تقدير القاضي ، فإن رأى استيفاء القرينة قائمة دون مضاعفة فعل ، وإلا استحضر الأصل وضامى عليه الصورة . وفى هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يلى : « يحد أن العمل جرى على الاحتذاء بحجية الصور المخطئة والشمسية واعتبارها مطابقة للأصل متى انتفت كل شبهة فى حقيقة هذه المطابقة . فليست قيمة هذه الصور فى الإثبات بمفردها أو معونة مجرد المنازعة فى مطابقتها لأصلها . على أن المشروع قصد إلى تحيى استغلال مجرد الإنكار فى إطالة أمد الخصومات وتلازمها ، فنص فى الفقرة الثانية من المادة المقدم ذكرها على أنه « يجوز للقاضي أن يأمر باستحضار الأصل » . فللقاضي والحال هذه سلطة تقدير جديدة الإنكار ، دون أن يخل ذلك بواجبه فى الاحتذاء بما لم يصح عليه بالصورة الشمسية أو المخطئة من حق غير متنازع فى المطابقة بتقديم الأصل . فلذا انتهى كل ذلك إلى أن الإنكار لا يقصد به إلا إطالة أمد النزاع ، كإثبات للقاضي ألا يأمر باستحضار الأصل . وليس ذلك فى أن من الأنسب تحويل القاضي سلطة التقدير فى هذا الشأن ، ولا سيما أن

مطابقة الصورة المقننة لأصلها . وتصلح لهذا الغرض قراراً يضم الأصل إلى ملف الدعوى ، وينقل القاضي المشتد إلى مكتب التوثيق ، ويمرر بحضوره صورة مطابقة للأصل ويمرر بذيلها عضر بوقته القاضي والمقرر وكاتب المحكمة ، ثم يضم الأصل إلى ملف النزاع ، وتقوم الصورة مقام الأصل لجين رده (م ١٠) فقرة ٢ من قانون التوثيق وقد مر ذكرها) . ومن ثم الأصل إلى ملف الدعوى أمكن المحكمة مضاهاة الصورة عليه ، فان وجدت مطابقة للأصل ثبت لها حجيتها ، وإلا انكسخت ويبقى الأصل هو المستند في الدعوى بحسب المرونة .

وهذا الذي قرره في شأن حجية الصورة الرسمية إذا كان الأصل موجوداً هو ما كان متبعاً دون نص في التقنين للملف السابق<sup>(١)</sup> .

= شروح طريقة التصوير التي يخشى على الكثير من أسباب الخطأ في الصور التي تغل بالخطأ أو بالالة الكتابية ( مجموعة الأعمال القضائية ٣ ص ٢٦١ ) .

وقد رأينا أن المشروع الذي أدخل تعديلاً على المشروع القديم في هذه المسألة ، وجعل لزاماً على القاضي استحضار الأصل لمضاهاة بمجرد تنازعه الخصم في المطابقة . وهذا الذي صدره التقنين الجديد ، ويوجه هذا الرأي اعتبار منطقي : إن الاحتياج بدقة ، ولو كانت رسمية ، على خصم إنما يكون بتوقيع هذا الخصم عليه ، والصورة لا تحصل هذا التوقيع ، والذي يحصل التوقيع هو الأصل ، فإدام الأصل موجوداً ، وطلب الخصم استحضاره ، فالأصل وحده هو الذي يتحقق به عليه ، ويجب استحضاره لمضاهاة الصورة عليه . وحتى إذا لبين من المضاهاة مطابقة الصورة للأصل ، فالأصل لا الصورة هو الذي يتحقق به على الخصم فالمطابقة إذن ، حتى عند مطابقة الصورة للأصل ، إنما تثبت للأصل دون الصورة كما قلنا .

(١) وقد ورد في الموجز المذكوف شرحاً لتقنين القديم في هذا الصدد ما يأتي : قوله رأينا فيما قدسناه أن ذوي الشأن في الورقة الرسمية لا يستطيعون إلا على صور منها ، أما الأصل فيبقى محفوظاً في قلم كتاب المحكمة . فإذا كان الأصل موجوداً لم يتم الصورة مقامه في الإثبات إلا إذا سلم الخصم بمطابقة الصورة للأصل . فإذا لم يسلم بذلك ، وطلب الرجوع إلى الأصل وهو من جهة التي يجب توقيعه ، أوجب إلى طلبه ، والتعديت المحكمة قاضياً لاستلام الأصل مع كتابة صورة منه توضع مكان الأصل مؤقتاً حتى يرد الأصل . (الموجز فقرة ٢٢٩ ص ١٦١ - ١٦٢) . وواضح ما ورد في الموجز أن الصورة تكتفي بأدنى بهد بقرينة المطابقة ، وتكفي هذه القرينة بمجرد إنكار الخصم مطابقة الصورة للأصل ، واعتدال يؤيد بالأصل لمضاهاة الصورة عليه . والمطابقة ، حتى عند التحقق من المطابقة ، إنما تثبت ، فالتقنين القديم كما في التقنين الجديد ، للأصل لا الصورة (تقنين استئناف مخطوط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦٣ ص ٢٢) .

وهذا هو أيضاً حكم القانون المدني الفرنسي (أخرى عدد ١٢ فقرة ٧٩٠ ص ٢٧٩ - بلانجيل وريور وجايرال ٧ فقرة ١٤٩٨) .

#### ٩٩ - أهمية الصورة إذا لم الأصل غير موجود : هنا يميز التقنين

الملقى الجديد (م ٣٩٣) بين حالات ثلاث : (١) حالة الصور الرسمية الأصلية ،  
لأى الصور الرسمية المأخوذة مباشرة من الأصل . (٢) حالة الصور الرسمية  
المأخوذة من الصور الرسمية الأصلية . (٣) حالة الصور الرسمية المأخوذة من  
الصور الرسمية للصور الرسمية الأصلية .

وأصل الورقة الرسمية لا يفقد إلا نادراً كما قلنا ، إذ هو دائماً محفوظ  
في مكتب التوثيق أو في قلم كتاب المحكمة الذي وثقه وقد سبقت الإشارة إلى  
ذلك . ولكن يقع أن يفقد الأصل إذا قدم العهد به ، أو قبل ذلك بسبب حريق  
أو سرقة أو أى عارض آخر . ويقع على الخصم المتمسك بالصورة عبء إثبات  
فقد الأصل<sup>(١)</sup> .

#### ١٠٠ - أهمية الصور الرسمية الأصلية : وهذه كما قلنا الصور

الرسمية التي تنقل مباشرة من الأصل (original, minute) وتشمل :  
(أولاً) الصورة التنفيذية ، وهي الصورة الرسمية التي تنقل مباشرة من الأصل  
وتوضع عليها الصيغة التنفيذية . ولا تنقل إلا لأصحاب الشأن ، ومرة واحدة ،  
فلا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية إلا بقرار من قاضي الأمور المستعجلة (م ٩  
قانون التوثيق) . ويسمى الفرنسيون (grosse) لأنها تكتب بحروف مكبرة ،  
بخلاف الأصل والصور الأخرى فهي تكتب بحروف عادية . (ثانياً) الصورة  
الأصلية الأولى (première expédition) ، وهي التي تنقل من الأصل عقب  
التوثيق لإعطائها للنوى الشأن دون أن توضع عليها الصيغة التنفيذية . وهي  
لا تنقل إلا للنوى شأن<sup>(٢)</sup> ، ويؤشر الموثق بالتسليم في أصل المحرر ويوقع هذا  
التأشير (م ٨ قانون التوثيق و م ١٩ لائحة قانون التوثيق) . (ثالثاً) الصورة  
الأصلية البسيطة (simple expédition) ، وتنقل هي أيضاً مباشرة من الأصل ،

---

(١) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « يقع حل من يتسلك بالصور  
الخطية أو القسمة عبء إثبات الدليل على فقد الأصل » (مجلة الأعمال الصحفية ٣ ص ٢٦٥) .  
(٢) ومقب التوثيق كما قلنا . ولا توضع عليها الصيغة التنفيذية ، إما لأن ذا الشأن لا حاجة  
به لتعليق ، ولما لأن مشروع الورقة لا يقع على التعليق كالتعليق الفرنسي .

ولكنها لا تنقل إلا بعد التوثيق بمدة من الزمن . ويجوز دائماً إحطاؤها للنوى  
الثان . ولا يجوز إحطاؤها للغير إلا بعد الحصول على إذن من قاضي الأمور  
الوتية بالمهكة التي يقع مكتب التوثيق في دائرتها (م ٨ قانون التوثيق) .  
(رابعاً) الصورة الرسمية التي تحرر بحضور القاضي المنتدب عند صدور قرار  
من سلطة قضائية بضم الأصل إلى ملف الدعوى . وهي صورة تحرر مطابقة  
للأصل ، ويجرد بذيلها محضر يوقعه القاضي والموثق وكاتب المهكة ، وتقوم مقام  
الأصل إلى حين رده كما سبق القول (م ١٠ ققرة ٢ قانون التوثيق) .

هذه كلها صور رسمية أصلية ، ولها جميعاً حجية واحدة هي حجية الأصل  
المفقود ، وذلك متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها  
للأصل<sup>(١)</sup> . أما إذا كان المظهر الخارجي للصورة يمتثل على الشك في أن يكون

(١) وهذا هو الرأي الذي ذهب إليه الأستاذ سليمان مرقس في كتابه أصول الإثبات (غرفة ٥٠٢  
مكررة ص ٦٧ - ص ٦٩) ، ونفى أن يكون المقصود من النص الانحصار ، في إعطاء حجية  
الأصل ، بل الصورة التنفيذية (grosse) والصورة الأصلية الأولى (première expédition) ،  
بل جعل النص يرمي الصورة الأصلية البسيطة (simple expédition) ، والصورة الرسمية التي  
تحرر بحضور القاضي المنتدب عند صدور قرار من سلطة قضائية بضم الأصل إلى ملف الدعوى .  
وهذا الرأي في نظرتنا هو الصحيح ، فإن عبارة « الصور الرسمية الأصلية » تنفيذية كانت أو  
غير تنفيذية « الواردة في النص عبارة عامة تشمل هذه الحالات جميعاً . ولا يوجد ما يبرر قصرها  
على الحالتين الأولتين - الصورة التنفيذية والصورة الأصلية الأولى - دون غيرها . (انظر  
أيضاً في هذا المعنى الدكتور عبد الختم فرج القصدة في الإثبات ققرة ٩٥) .

وقد قصر الأستاذ أحمد نشأت (الإثبات ١ ققرة ١٢٢ - ققرة ١٧٣) هذه العبارة على الحالتين  
الأولتين (الصورة التنفيذية والصورة الرسمية الأولى) ، وأخرج من النص حالة الصورة الأصلية  
البسيطة - والظاهر أنه يرى وجوب اعتبارها مبدأً ثبوت بالكتابة عن طريق الاجتهاد لا عن  
طريق النص انظر ص ١٦٢ - كما أخرج حالة الصورة الرسمية التي تحرر بحضور القاضي  
المنتدب ورجع فيها إلى المادة المباشرة من قانون التوثيق وتنص صراحة على أن تقوم الصورة  
مقام الأصل حين رده .

وقد تأثر الأستاذ أحمد نشأت في رأيه هذا بما كان عليه التقنين القديم ، فسوى أن هذا التقنين  
كان ، على غرار التقنين الفرنسي ، يفرق بين الصورة الأصلية الأولى تنفيذية كانت أو غير  
تنفيذية فيدليها حجية الأصل ، وبين الصورة الأصلية البسيطة فلا يولها حجة حجة الأصل  
ولكن لا يأنزل بها من مرتبة مبدأ الثبوت بالكتابة (وقد التقنين الفرنسي تكون لها حجية  
الأصل إذا عني عليها ثلاثون سنة وإلا فهي مبدأ ثبوت بالكتابة) . وقد كان النص الهجري  
المفروغ التمهيد - كما لاحظ بحق الأستاذ سليمان مرقس في كتابه أصول الإثبات ص ٦٩ - =

قد حيث بها ، كما إذا وجد كشط أو عو أو تحشير أو نحو ذلك ، فإن الصورة  
نقط حجبها في هذه الحالة <sup>(١)</sup> .

وبين من ذلك أن الصورة الرسمية الأصلية سليمة المظهر الخارجى تكون  
لها حجية الأصل على النحو الذى قلناه . وتستمد هذه الحجية ، لامن الأصل  
فهو غير موجود فرضاً ، بل منها ذاتها <sup>(٢)</sup> ، وذلك بالرغم من أنها لا تحمل  
توقيع الختم ولا تمكن مضاهاتها على الأصل المفقود . ومن ثم تترك ما ينطوى  
عليه هذا الحكم من جرأة . ومن أجل هذا اتجه رأى لجنة مجلس الشيوخ في  
البداية إلى استبعادها ، لأن في بقائه خطورة إذ قد تكون الورقة خالية من  
الثوابت في مظهرها الخارجى ولكنها لا تطابق الأصل ، وعدم وجود هذا

= عليه هذا رأى . فقد وردت المادة ٥٢٩ من هذا المشروع - وهى أصل المادة ٢٩٢-على  
الوجه الآتى : « يكون الصورة التنفيذية أو الصورة الأول حجية الأصل » ، (انظر أيضاً المذكرة  
الإيضاحية المشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٦٥ ) ، وكان هذا ينظر  
الأصل الفرنسى للنص وهو : *Les grosses et toutes expéditions font la même foi que l'original*  
فلم يفرق هذا النص الفرنسى بين صورة أصلية أول وصورة أصلية بسيطة ،  
بل جعل لكل الصور الأصلية حجية الأصل ، وهذا نقلاً عن المادة ٢٩١ من المشروع الفرنسى  
الإبطال كما سبق القول . وقد عدل النص العربى في لجنة المراجعة - كما رأينا - فأصبح على  
الوجه الآتى : « يكون لصور الرسمية الأصلية ، تنفيذية كانت أو غير تنفيذية ، حجية الأصل » .  
ومن ثم لم يعد هناك عمل تمييز بين الصورة الأصلية الأولى والصورة الأصلية البسيطة ، فكلاهما  
له حجية الأصل .

على أن الأستاذ سليمان مرقس (أصول الإثبات ص ٦٨ هامش رقم ١) لا يزال يفضل -  
من الناحية التشريعية لا من الناحية التفسيرية للتشريع القائم - التمييز بين الصورة الأصلية  
الأولى ، وبهولها حجية الأصل ، والصورة الأصلية البسيطة ، ويجعلها خاصة لتقدير القاضي ،  
« إذ يمكن - كما يقول - أن نتصور أن يتواطأ الموظف المختص مع أحد ذوى الشأن ويطلع  
صورة مخدرة من عقد رسمى محفوظ لديه ليست هى الصورة الأولى ، على أن يخفى هذا الأصل  
أو يدمه بعد ذلك ، فالمتعين الجليله يمتطى هذه الصورة المخدرة حجية الأصل ويطلع ما وقع فيها  
من تحوير فلا يميز إثبات عدم صحتها إلا بالعلم بالتروير » . ومهما قيل من أن احتياك تواطؤ  
الموظف المختص يكون أكبر و الصورة الأصلية البسيطة منه في الصورة الأصلية الأولى ، فلا  
شك في أن إثارة هذا التواطؤ - أياً كانت احتمالاته - لا يجوز أن تكون إلا من طريق  
العلم بالتروير .

(١) وقد تكون ، تباعاً لظروف ، مبدأ ثبوت بالكتابة ، إذا توافرت فيها الشروط  
الواجبة لذلك .

(٢) وذلك بخلاف ما إذا كان الأصل موجوداً ، فقد قلنا أن الصورة تسند حجبها لا منها  
ذاتها بل من الأصل الموجود .



الأصل سيكون حائلاً دون تحقيق معناها ، وإعطائها قوة الأصل فيه خطورة كبيرة . ولكن اللجنة عدلت عن هذا الرأي ، واستبقت الحكم بعد استئناؤها من أنه هو الحكم الصحيح ، وإن كان يعتبر استثناء من القواعد العامة <sup>(١)</sup> .

#### ١٠١ - حجية الصور الرسمية المأخوذة من الصورة الرسمية

الأصلية : وهذه ليست الصور الرسمية الأصلية (expéditions) التي نقلت مباشرة من الأصل ، بل هي صور رسمية نقلت من الصور الرسمية الأصلية . فهي لا تعتبر صوراً من الأصل إلا بطريق غير مباشر .

ولذلك لا يجوز أن تكون لها حجية أكبر من حجية الصور الأصلية التي هي ليست إلا صوراً منها ، وبشرط أن تكون الصور الأصلية موجودة حتى إذا طلب أحد الطرفين مضاهاتها على أصلها أمكن ذلك . ومن ثم لا تكون للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية حجية مستمدة من ذاتها ، بل هي تقتصر على التمتع بقرينة المطابقة للصورة الأصلية ، وتنفق القرينة بمجرد إنكار أحد الطرفين لهذه المطابقة <sup>(٢)</sup> ، وعندئذ يتعين إحضار الصورة الأصلية للمضاهاة . فان وجدت الصورة الثانية مطابقة لها ، كانت لها حجيبتها على التفصيل الذي قدمناه في حجية الصور الأصلية ، ذلك أن هذه الحجة مستمدة كما قدمنا من الصورة الأصلية لا من الصورة الثانية . أما إذا وجدت الصورة الثانية غير مطابقة للصورة الأصلية ، استبعدت تلك واستبقيت الصورة الأصلية وهي التي تكون لها الحجة في كل حال .

بقي فرض ما إذا كانت الصورة الأصلية غير موجودة فلا يمكن مضاهاة الصورة الثانية عليها . وزى في هذه الحالة ، أمام سكوت النص ، ألا تكون للصورة الثانية حجية محددة ، ولا يعتد بها إلا لجرد الاستئناس ، شأنها في ذلك

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٦ . وقد سبق ذكر ذلك .

(٢) وقد كان المشروع النهدي (م ٣٦٦ بند ب) يميز أيضاً لقاضي ، من غير طلب الخصوم ، أن يأمر بإحضار الصورة الأصلية للمضاهاة . ولكن المشروع النهائي خرج شطراً من هذا الجواز ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٦ وص ٣٦٥) .

شأن صور الصور المأخوذة من الصور الأصلية ، وهي التي تنتقل الآن إليها<sup>(١)</sup>.

#### ١٠٢ - أهمية صور الصور المأخوذة من الصور الأصلية :

وهنا تعدد الحلقات ، وتفرج المسافة ما بين الصورة والأصل . فالصورة التي يحتج بها ليست إلا صورة لصورة مأخوذة من الصورة الأصلية . فهي بالنسبة إلى الأصل صورة صورة الصورة ، أي الصورة الثالثة .

فإن كانت الصورة الأصلية موجودة وجب استحضارها ، وهي التي تثبت لها حجية الأصل على التفصيل الذي قمنا به . بل إن الصورة الثالثة لا تتمتع بقرينة مطابقتها للصورة الأصلية ، بخلاف الصورة الثانية فإنها تتمتع بقرينة هذه المطابقة ، وبخلاف الصورة الأصلية فإنها تتمتع بقرينة مطابقتها للأصل ، وقد تقدم ذكر ذلك . وسواء كانت الصورة الثالثة مطابقة للصورة الثانية في حالة وجود هذه أو غير مطابقة ، فهذا لا أهمية له ، بل لا فائدة من تحقيق هذه المطابقة . والمهم هو مطابقة الصورة الثالثة للصورة الأصلية إن وجدت هذه .

فإن كانت الصورة الأصلية هي أيضاً مفقودة كالأصل ، فإن الصورة الثالثة - طابقت الصورة الثانية أو لم تطابق - لا تكون لها حجية ، ولا يعتد بها .

---

(١) ويرى الأستاذ سليمان مرقس (أصول الإثبات ص ٧٠) أنه إذا كانت الصورة الأصلية في هذه الحالة قد فقدت كما فقد أصل الورقة الرسمية ، أمكن اعتبار الصورة غير الأصلية بمطابقة صورة أصلية من الصورة الأصلية المفقودة وإجراء حكم الفقرة (١) عليها ، فتكون لها حجية هذه الصورة الأخيرة متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها لها . ولا نميل لأخذ بهذا الرأي دون نص صريح يقضي به ، فقد رأينا أن الأخذ بحكم مائل في حالة تعهد حجية الصورة الأصلية عند فقد الأصل كان مستنداً إلى نص صريح ، وعده مع ذلك نماعاً جريئاً . ويرى الأستاذ أحمد نشأت (الإثبات ١ فقرة ١٧٣) أن الصورة الثانية في هذه الحالة يجب أن يترافق لها بقية مبدأ الثبوت بالكتابة على الأقل . وهذا هو أيضاً رأي الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة (الإثبات ص ١٠٤) .

وقد تقضى الظروف باعتبار الصورة الثانية إثباتاً كاملاً للحق إذا كان صاحب الحق نفسه مستنداً لا يريد تقديم المستند الأصل . وقد قفست محكمة الاستئناف المظفلة بأنه إذا رفض التاجر انقلس لا يقدم السند الأصل لفقد البيع الصادر له ، كذا للسند أنك أن يقدم صورة تسجيل هذا العقد (وتسجيل ذاته صورة أصلية من السند الأصل لصورته تكون إذن صورة للصورة الأصلية) مستنداً لحق التاجر المغلس في ملكية الثمن المبيع إذا رغب التاجر دعوى استحقاق هذا الثمن بهذه الملكية (استئناف مخطط ٢ بتاريخ سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٥) .

إلا مجرد الاستئناس تبعاً للظروف ، باعتبارها مجرد قرينة <sup>(١)</sup> . فهي إذن لا تصنع حتى مبدأ ثبوت بالكتابة .

ومن ثم يتبين أن الصورة الثالثة - ومن باب أولى أية صورة دونها <sup>(٢)</sup> - لاحجية لما في ذاتها . فإن وجدت الصورة الأصلية ، كانت الحجية لهذه الصورة . وإن كانت الصورة الأصلية مفقودة ، سواء وجدت الصورة الثانية أو لم توجد ، فلا يمتد بالصورة الثالثة إلا مجرد الاستئناس كما قدمنا <sup>(٣)</sup> .

١٠٣ - أملاً من التفتيح للمرنى السابق : أما التفتين المدلى السابق فقد تضمن نصاً واحداً في هذه المسألة . فقد كانت المادة ٢٩٦/٢٣١ تنص على أنه : « إذا قدم الخصم صوراً مستندات غير صورها الواجبة التنفيذ وهي صورها الأولى ، ولم يقدم الأصل ، وكانت الصور المذكورة محررة بمعرفة أحد الأمورين العموميين ، فللقاضي النظر في درجة اعتماد تلك الصور . وعلى كل حال فإنها تعتبر في مقام مبادئ البت بالكتابة » . والنص الفرنسي لهذه المادة في القانون الأمل أدق من هذا النص العربي ، فقد كان يجري على الوجه الآتي .

“La valeur probante des copies de titres autres que les expéditions exécutoires ou premières expéditions, quand ces copies auront été faites par des officiers publics, sera appréciée par le juge si l'original n'est pas représenté ; ces copies vaudront au moins un commencement de preuve par écrit”.

ويتبين من المقابلة بين النصين العربي والفرنسي أن هناك خلافاً فيما بينهما . فالنص العربي يجعل الصور التنفيذية هي الصور الأولى ، إذ يقول : « غير

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٣٦٥ .  
(٢) ويصلح في ذلك أية صورة أصلية ، مباشرة أو بطريق غير مباشر ، من صورة مأخوذة من صورة الصورة الأصلية ، مهما تمتعت الصور التي تتصل ما بين الأصل والصورة التي يراد الاحتجاج بها .

(٣) وهذا هو الرأي الذي يقول به الأستاذ عبد اللطيف فرج السفة (الإثبات ص ١٠٤) - طأ وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد بهذا ما يلي : « أما المقتضات والمصرفات والصور الجزئية فللقاضي سلطة تقديرها . وفي من البيان أن هذه المقتضات والصور تنصير نسبتاً على الوثق الذي يمثل فيها من الأصل » (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٣٦٥) .

صورها الواجبة التنفيذ وهي صورها الأولى. أما النص الفرنسي فيجبل الصور الأولى شيئاً غير الصور التنفيذية، إذ يقول (expéditions exécutoires ou premières expéditions). والصحيح هو النص الفرنسي، فالصور الأولى، كما تكون صوراً تنفيذية، قد تكون صوراً غير تنفيذية، وقد سبق ذكر ذلك. والتقنين المدني الفرنسي، وهو الأصل الذي نقل عنه التقنين المدني السابق، صريح في هذا التمييز<sup>(١)</sup>. فيجب إذن الأخذ بالنص الفرنسي للتقنين المدني السابق. وهو يميز بين حالتين: (١) حالة الاحتجاج بالصورة التنفيذية أو بالصورة الأولى غير التنفيذية، وسكوت التقنين عن حكم هذه الحالة معناه أن لكل من الصورتين حجية الأصل<sup>(٢)</sup> (٢) حالة الاحتجاج بصورة أصلية بسيطة، أي بصورة أصلية غير الصورة التنفيذية وغير الصورة الأولى، وفي هذه الحالة ينظر القاضي في تقدير قيمتها ولا ينزل بها عن مرتبة مبدأ الثبوت بالكتابة، أي قد يعتبرها دليلاً كاملاً، وقد يعتبرها مبدأً ثبوت بالكتابة يستكمل بالبيئة أو بالقرائن<sup>(٣)</sup>.

(١) وينبغي التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٣٥) أنه إذا لم يوجد الأصل، فإن الصور التي تكون لها حجية الأصل هي: (١) الصورة التنفيذية (grosse). (٢) الصورة الأولى (première expédition). (٣) الصورة الأصلية المحررة بأمر القاضي في حضور أصحاب الشأن أو بعد دعوتهم لحضور (٤) الصورة الأصلية المحررة في حضور أصحاب الشأن وبترافعهم. (٥) الصورة الأصلية المحررة بغير أمر القاضي وبغير قرائن الخصوم وفي غير حضورهم إذا أخلت بواسطة الموثق (notaire)، أو موظف عام مختص، وكانت قديمة أي مضي على تحريرها أكثر من ثلاثين سنة. وهناك صور أصلية لا تكون قيمتها إلا مبدأ ثبوت بالكتابة، وهي: (١) الصورة الأصلية المحررة على الوجه المقتضى للذكر في الطائفة الخاصة من الصور التي تكون لها حجية الأصل إذا لم تكن الصورة قديمة، أي لم يضي على تحريرها أكثر من ثلاثين سنة (٢) الصورة الأصلية التي حررها غير الموثق وغير الموظف العام مهما يكن تاريخ تحريرها أما صور الصور فلا ينفذ بها إلا للاستعانة. ويستثنى من ذلك: (١) صورة التسجيل في القودرة المسجلة، وتعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة وذلك قبل قانون ٢١ يولية سنة ١٩٢١ (٢) إذا حررت صورة تنفيذية ثانية أو أصل ثان بأمر رئيس المحكمة المدنية (م ٨٤٤ مرافعات فرنسية). فهذه صورة من الصورة ولكن لها حجية الأصل (انظر بلاتويل وديبر وجايرلد ٧ ققرة ١٤٩٨ - ققرة ١٤٩٩ ص ٩٤٦ - ص ٩٤٧).

(٢) وكذلك انتهت حجية الأصل لصورة التي يوقتها القاضي وكاتب الجلسة مع كاتب التوثيق مع تسليمها الأصل لإجراء المضاماة (م ٢٠٦/٢١٥ مرافعات قديم).

(٣) الأستاذ أسد نهلت في الإثبات ١ ققرة ١٧٢ ص ١٦١ - ص ١٦٢ - الأستاذ

ولم يعرض التقنين السابق للحالتين الآخرين اللتين عرض لها التقنين الجديد: الصورة النائية والصورة الثالثة. ويبدو أن الصورة الثانية في التقنين السابق - وهي صورة الصورة الأصلية - كانت لها حجة الصورة الأصلية على التفصيل المتقدم في هذا التقنين بشرط أن تكون الصورة الأصلية موجودة وأن تكون صورتها مطابقة لها ، إذ ليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة وهي نفس القواعد التي قررها التقنين الجديد. أما الصورة الثالثة ، وهي صورة صورة الصورة الأصلية ، فتقتصر قيمتها على مجرد الاستئناس بها كقربة بسيطة ، وذلك ما لم توجد الصورة الأصلية فتكون عندئذ الحجة لها لا للصورة صورتها . وهذا هو أيضاً تطبيق للقواعد العامة ، وقد قرر التقنين الجديد هذا الحكم كما رأينا (١).

وبتين من ذلك أنه لا يوجد خلاف بين التقنين الجديد والتقنين القديم إلا في حالة واحدة ، هي حالة الصورة الأصلية البسيطة (simple expédition) عند فقد الأصل. ففي التقنين الجديد تكون لهذه الصورة حجة الأصل إذا كان

---

== سليمان مرعش في أصول الإثبات فقرة ٥٢ ص ٦٤ - ص ٦٦ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ٩٣ - قارن الموجز المؤلف ، وقد ورد فيه ، تفسيراً للقاعدة ٢٣١/٢٩٦ من التقنين المدني السابق ، ما يأتي : « أما إذا فقد الأصل ، فإن الصورة التنفيذية (grosse) ، وهي الصورة الأولى التي يحصل عليها الخصوم وعليها الصفة التنفيذية ، تقوم مقام الأصل في الإثبات . وكذلك تقوم مقام الأصل تلك الصورة التي وضعت مكان الأصل مؤقتاً عند أخذ الأصل للرجوع إليه كما رأينا وذلك إذا ضاع الأصل . أما الصور الأخرى غير التنفيذية (expéditions) فلغناض النظر في درجة اعتمادها كما تقرر ذلك المادتان ٢٣١/٢٩٦ ، فقد يعتبرها إثباتاً كاملاً رسمياً ، كما قد يعتبرها إثباتاً كاملاً عرفياً ، ويجب على كل حال أن يعتبرها على الأقل مبدأً لثبوت بالكتابة » (الموجز ص ٦٦) . ونستدرك على ما جاء في الموجز أنه أغفل ذكر الصورة الأولى إذا لم تكن هي الصورة التنفيذية ، فهذه ، في التقنين السابق ، كانت لها حجة الأصل شأنها في ذلك شأن الصورة الأولى التنفيذية . والسبب في أننا لم نره ، في « الموجز » ، التمييز ما بين الصورة التنفيذية والصورة الأولى ، أننا اتبعنا في عدم التمييز بينهما رأياً قد يقال به لارومبيير (جزء رابع م ١٣٣٥ فقرة ١) ولودان (جزء ١٩ فقرة ٢٧٣) - انظر أيضاً في عدم التمييز بين الشئتين : كولان وكايبان ٢ فقرة ٤٥٦ ص ٤٣١ - بوردو وبارد ٤ فقرة ٢٤٩١) .

(١) قارن الأستاذ أسعد نعلات في الإثبات ١ فقرة ١٧٣ ص ١٦٢ - ص ١٦٢ - ونحن من الجانب أن الأصل إذا كان موجوداً ، في التقنين المدني السابق ، فإن الحجة تنسحب فيه ، سواء من طريق المصاحبة عليه أو من طريق افتراض مطابقة الصورة له . ولا يختلف حكم التقنين المدني السابق في ذلك من حكم التقنين الجديد .

• ظهورها الخارجى لا يسمع بالشك فى مطابقتها للأصل ، أما فى التقنين القديم فقد يكون لهذه الصورة حجية الأصل وقد تنزل إلى مرتبة مبدأ الثبوت بالكتابة وفقاً لتقدير القاضى . والقانون الذى يسرى هو القانون الذى أخذت الصورة الأصلية البسيطة فى ظله . فإن أخذت قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين القديم ، وإلا فالتقنين الجديد هو الذى يسرى .

## الفصل الثاني

### الأوراق العرفية

١٠٤ - الأوراق العرفية الممرة لعقوبات والأوراق العرفية غير

الممرة لعقوبات : يمكن تقسيم الأوراق العرفية التي تكون لها حجية في الإثبات إلى قسمين :

(تقسم الأول) أوراق أعدت مقدماً للإثبات ، فهي أدلة مهياة (preuves préconstituées) ولذلك تكون موقعة ممن هي حجة عليه .

(وتقسم الثاني) أوراق لم تعد مقدماً للإثبات ، ولكن القانون يجعل لها حجية في الإثبات إلى مدى معين ، فهي أدلة عارضة (preuves casuelles). وأكثر هذه الأوراق لا تكون موقعة ممن هي حجة عليه ، وذلك كدفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية . وبعضها قد يكون موقعا وإن لم يعد في الأصل للإثبات ، وذلك كالرسائل وأصول البرقيات (١) .  
ونتكلم في كل من هذين القسمين من الأوراق .

## الفرع الأول

### الأوراق العرفية المعدة للإثبات

١٠٥ - شروط صحتها ومجبتها في الإثبات : نتناول بحث الأوراق

العرفية المعدة للإثبات ، كما بحثنا الأوراق الرسمية ، من ناحيتين : (١) الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة العرفية (٢) حجية الورقة العرفية في الإثبات .

---

(١) ولا محل لخل هذا القسم في الأوراق الرسمية . فكلها يوجه عام مع للإثبات .

## المبحث الأول

### الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة العرفية

١٠٦ - التوقيع هو الشرط الموجب في القانون المصري : الورقة العرفية لصحة المدة للالتزام لا يشترط في صحتها إلا توقيع من هي حجة عليه <sup>(١)</sup> . فإذا كان العقد ملزماً للجانبين كالبيع ، وأثبت في ورقة عرفية ، وجب توقيع كل من البائع والمشتري . وإذا كان ملزماً لجانب واحد كالوديعة ، وجب توقيع المودع عنه . وإذا كان مخالفاً بالدين ، وجب توقيع الدائن . وهكذا .

ويكون التوقيع عادة بالإمضاء . ويجوز أن يكون - لاسيما بالنسبة إلى

---

(١) استئناف مخطط أول يونية سنة ١٩٤٨ - ولم يشترط القانون المصري غير التوقيع شرطاً لصحة الورقة العرفية . ولكن هذا لا يمنع من وجود شروط أخرى لتحقيق أغراض أخرى . فمثلاً حتى تكون الورقة العرفية سالمة للشهر لا بد من تحريرها من نسخة أصلية بالمعاد الأسود على ورق خاص مدعوم بطلب من مكاتب الشهر ومأمورياته (م ١٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر) ، ويجب التصديق على التوقيعات (م ٢٩ من قانون الشهر) ، كما يجب ذكر بيانات معينة (م ٢٢ من قانون الشهر) . وجزاء هذه الشروط عدم إمكان شهر الورقة ، ولكن ذلك لا يؤثر في قوة إثباتها . مثل آخر : ما يشترطه قانون التجارة في بعض الأوراق التجارية (م ١٠٥ و ١٢٤ و ١٩٠ تجاري) . وقد يشترط في الورقة العرفية شروط أخرى لجواز سماع الدعوى ، فقد قضت المادة الثانية من قانون الوصية ( رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ) بعدم جواز سماع الدعوى بالوصية أو الرجوع عنها ، بعد وفاة الموصى بالنسبة إلى المعاداة الواقعة من سنة ١٩١١ ، إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعلينا إشاؤه كذلك فعل على ما ذكر ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع المدعي عليها .

ولا يشترط في الورقة العرفية شهر (استئناف مخطط ٧ يناير سنة ١٨٩١ م ٢ ص ١٢١) أو تعدد نسخ الأصل أو الاعتماد الخطي لقبية الالتزام ( استئناف مخطط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٢٠ ) .





الإمضاء . أما بصمة الأصبع فأكثر دقة<sup>(١)</sup> . ولا يشترط في الإمضاء أو الختم أن يوضع بالإسم المثبت في ورقة الميلاد ، بل يكفي أن يوقع صاحب الشأن بالاسم الذي اعتاد أن يوقع به<sup>(٢)</sup> .

ويوضع التوقيع عادة في آخر الورقة حتى يكون منسجماً على جميع البيانات المكتوبة الواردة فيها . ولكن ليس من الضروري توقيع الإضافات والإحالات وما إليها كما هو الأمر في الورقة الرسمية ، ويترك غير الموقع منها لتقدير القاضي من ناحية قوة الإثبات ، ولذلك يكون الأفضل توقيعها قطعاً للشك .

ويجب على صاحب الشأن أن يوقع بنفسه . فإذا وقع الورقة باسمه شخص كأمين سر أو مدير مكتب أو نحو ذلك ، فالتوقيع لا يصبح والورقة باطلة لاحجية لها<sup>(٣)</sup> . أما البيانات المكتوبة - ولابد من الكتابة إذ الورقة العرفية هي ورقة مكتوبة - فيصح بأن تكون بخط المدين أو بخط أى شخص آخر . ومن ثم يصح أن يكتب الورقة المدين أو الدائن أو أجنبي . وله أن يكتبها بأية لغة ، حتى بلغة اصطلاحية معروفة من أصحاب الشأن ، فاللغة العربية ليست ضرورية كما هو الأمر في الورقة الرسمية . ويجوز أن تكون الكتابة باليد أو بالطباعة أو بالآلة الكتبية أو بالفتوغرافيا أو بأية طريقة أخرى ( انظر المادة ١٤٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ) . وإذا كانت الكتابة باليد ، صح أن تكون بالمداد أو بالقلم الرصاص أو بأية مادة كاتبة أخرى . وكثير من الأوراق العرفية ، كعقود الإيجار والمعاملات وعقود التأمين واشترائكات المياه والنور وكثير من

---

(١) ولا يثنى من التوقيع علامة يمسحها المدين ، كما لا يصح اعتبار مثل هذه العلامة مبدأ لثبوت الكتابة إذ لا تامة كما قانوناً . ويرى هذا المحكم على الختم المطبوس ، إذ هو لا يخرج عن أن يكون مجرد علامة مسطحة غير مقرونة أصلاً ( محكمة مضايا الجزئية في ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ المجلوعة الرسمية ٣٦ رقم ٨ ص ١٩٣ - المجلد ١٥ رقم ٢/٢٩ ص ٦٢ ) .

(٢) ويشترط في التوقيع في مصر أن يقتض على الاسم واللقب كاملين ( المرجع ص ١٦٤ ) . وجرت الدادة عند الفرنسيين أن يكون التوقيع بالحرف الأول من الاسم وباللقب كاملاً ( الأستاذ سليمان مرقس أصول الإثبات ص ٧٤ ) .

(٣) على أن أثر التصرف للقانوني له يتغيرف إلى من وقع باسم غيره إذا كان الطرف الآخر في التصرف حسن نية ويجهل عدم صحة التوقيع ( بلاتيرول وريجر وجاهبوله ٧ لقرة ١١٥٨ ) .

حقود الإذعان ، تكون مطبوعة ، ويقتصر أصحاب الشأن بوجه عام على ملء الفراغ الذى ينحصر القصد المقصود إبرامه .

ولا يشترط في صحة الورقة العرفية أن تكون مؤرخة ، إلا في حالات معينة نص عليها القانون كالكبيالة والسند الأذنى والشيك والتظهير . ولكن التاريخ في الورقة العرفية يبان من البيانات الهامة ، فقل أن يفضل أصحاب الشأن ، وإلا شق عليهم بعد ذلك إثباته . بل إن تاريخ الورقة العرفية لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً كما سئرى .

ويتبين مما قلتمناه أن التوقيع هو الشرط الوحيد لصحة الورقة العرفية . فإذا لم يوضع التوقيع على الورقة ، لم تكن لها حجية في الإثبات (انظر المادة ١٤٣ من تقنين أصول المحاكمات المدنية البتاني) - ذلك أن الورقة العرفية إنما تستمد حجيئها من التوقيع وحده . والورقة العرفية غير الموقعة لا تصلح حتى مبدأ ثبوت بالكتابة ، إلا إذا كانت مكتوبة بخط المدين . وإذا تعددت التوقيعات ، فليس من الضروري أن توضع جميعها في وقت واحد ، بل كل من وقع على الورقة يكون قد ارتبط بها <sup>(١)</sup> ، إلا إذا تبين من الظروف أن أصحاب الشأن إنما أرادوا ألا يرتبطوا إلا بتوقيعهم جميعاً <sup>(٢)</sup> .

وغنى عن البيان أن الورقة العرفية إذا كانت باطلة فلا يؤدي بطلانها إلى بطلان التصرف القانوني ذاته الذى قصد بالورقة أن تثبته ، بل يبقى هذا التصرف قائماً ويصح أن يكون جازم الإثبات بطرق أخرى .

**١٠٧ - قبح التوقيع على يابض :** وقد يضع صاحب الشأن توقيمه على الورقة العرفية قبل كتابتها ، فيقال عندئذ إنه وقع على يابض (blanc seing) .

(١) ولكن لا يكون تاريخ الورقة حجة على الغير ، إلا إذا أصبح هذا التاريخ ثابتاً بعد استكمال جميع التوقيعات (بلايول وديجير وجاهولك ٧ فقرة ١٤٥٨ ص ٨٩٦) .

(٢) ولا يشترط لصحة الورقة العرفية أن تكون مستوفية لشروط قانون الضمة . فإذا لم يوضع على الورقة العرفية طابع الضمة فقد نص عليه القانون ، لم تكن الورقة باطلة ، ولكن هناك غرامة على من أحل بهذا الواجب .

وقد نظم القانون الفرنسي طريقة لتسهيل (unregister) الأوراق (راجع فيها بلايول وديجير وجاهولك ٧ فقرة ١٤٦١ - فقرة ١٤٦٢ ص ٨٩٩ - ص ٩٠١) .

ويكون قد قصد بذلك أن يمهّد إلى الطرف الآخر أن يكتب فوق التوقيع البيانات التي اتفق معه على عناصرها الجوهرية وترك إليه استكمال تفصيلاتها على أسس معينة . مثل ذلك أن يوقع شخص شيكاً على يياض لمصلحة شخص آخر له معه حساب جار ، ويهّد إليه أن يضع الرلم الدال على قيمة الشيك بمقدار ما على موقع الشيك من رصيد الحساب الجاري بعد تصفيته . ومن ثم يكون من وقع على يياض قد وثق في صاحبه واطمأن إلى أمانته ، ومن هنا يحىء الخطر في التوقيع على يياض إذا خان الأمانة من الوثمن .

ومهما يكن من أمر فإن التوقيع على يياض صحيح . وهو من شأنه أن يكسب البيانات التي ستكتب بعد ذلك فوق هذا التوقيع حجية الورقة العرفية ، فإن هذه الحجية تستمد كما قلنا من التوقيع لامن الكتابة ، فيستوى أن تكون الورقة قد كتبت قبل التوقيع أو بعده . والمهم أن من يوقع الورقة يوقعها بخطه ، ويقصد من توقيعها أن يربط بالبيانات التي سترد في الورقة .

على أن من يؤمن على هذا التوقيع يجب عليه أن يرحى الأمانة ، فلا يضع في الورقة بيانات غير ما اتفق عليه مع الموقع ، وإلا حوّل جنائياً<sup>(١)</sup> .

أما من الناحية المدنية ، فعبء إثبات تسليم الورقة الموقعة على يياض وغاية من تسليمها يقع على من وضع توقيعها على يياض . ويرامى في ذلك القواعد المقررة في الإثبات . ذلك أنه إذا ما كتبت الورقة البيضاء بعد التوقيع عليها ، أصبحت قيمتها في الإثبات قيمة الورقة العرفية التي لم توقع إلا بعد أن تمت كتابتها . ولكن يبقى للمدين الحق في أن يثبت أنه إنما سلم توقيعها على يياض قلنا وأن ما كتبه هذا فوق التوقيع لم يكن هو الملتحق عليه بينما . ويكون إثبات ذلك طبقاً للقواعد العامة ، أي أنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة

---

(١) وقد نصت المادة ٣٤٠ من قانون العقوبات على أن « كل من يؤمن على ورقة مصادرة أو مضمونة على يياض ، فسخان الأمانة وكتب في البيانات التي فوق الختم أو الإضاء سند دين أو عكس أو غير ذلك من السندات والاشتراكات التي يقترب عليها حصول ضرر لنفس صاحب الإضاء أو الختم أو الخالة ، حوّل بالمخس ، ويمكن أن يضاعف عليه غرامة لا تتجاوز عشرين جنياً مصرية . وفي حالة ما إذا لم تكن الورقة المصادرة أو المضمونة على يياض مسجلة إلى البتائن وإلما استعمل عليها بأية طريقة كانت ، فإنه يعدّ مذوراً ويحال بمقتضى قانونه » .

كاسنرى<sup>(١)</sup>، فإذا استطاع هذا الإثبات ، قلعت الورقة حبيبها. فها بينهما . ولكنها لا تضد هذه الحجة بالنسبة إلى النبر حسن التية ، فمن تعامل مع مسلم الورقة مضمناً أنها ورقة صحيحة ، فحولت إليه مثلاً ، جاز له أن يتمسك بحجة الورقة في حق من وقع على يياض<sup>(٢)</sup> ، ويرجع الموقع ، على من أساء استعمال توقيعهم<sup>(٣)</sup> .

ولكن إذا كان التوقيع على يياض ذاته قد تم الحصول عليه من غير علم صاحب التوقيع ، ولم يقصد للموقع أن يسلم توقيعهم على يياض إلى من أساء استعمال هذا التوقيع ، بل حصل عليه هذا خلسة ، كان التوقيع نفسه غير صحيح ، وكانت الورقة باطلة ، وعوقب من أساء استعمال التوقيع بقوة التزوير (م ٣٤٠م) عقوبات<sup>(٤)</sup> . ولصاحب التوقيع أن يثبت هذا الاختلاس بجميع الطرق ، ومنها البيئة والقرائن ، لأنه إنما يثبت خطأ . فإذا ما أثبت ذلك فإن الورقة تسقط حبيبها في حقه بعد أن انكشف بطلانها على ما قدمنا . بل إن النبر حسن التية الذي تعامل مع المختلس على أساس أن الورقة صحيحة لا يستطيع أن يتمسك بحجة الورقة في حق صاحب التوقيع ، ذلك أن صاحب التوقيع لم يسلم توقيعهم على يياض للمختلس ، كما فعل في الحالة السابقة ، بل اختلس منه التوقيع اختلاصاً ، فلا يمكن أن ينسب إليه أى إهمال<sup>(٥)</sup> .

## ١٠٨ - شرطه آخره لصحة الورقة العرفية في التقنين المدني

الفرنسي : ويشترط التقنين المدني الفرنسي لصحة الورقة العرفية ، فوق التوقيع ،

(١) وهذه التواضع ذاتها تراعى في إثبات الجريمة الجنائية المنصوص عليها في المادة ٣٤٠ من قانون العقوبات ، وقد مر ذكرها — هنا وإذا كانت الحيلة (dol) قد استعملت في الحصول على الورقة الموقعة على يياض ، فيجوز معتدلة إثبات الفش بجميع طرق الإثبات .

(٢) أوبوي ورد ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ١٨٥ — ص ١٨٦ — بلانويل وريير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٩ ص ٨٩٨ .

(٣) الموجز لمولف ص ٦٦٦ .

(٤) استئناف غنطوط ١٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٧٠ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٥٢ ص ٤٧ .

(٥) أوبوي ورد ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ١٨٦ — بلانويل وريير وجابولد ٧ فقرة ١٤٥٩ ص ٨٩٨ .

شرطين آخرين لم يشترطهما القننين المدني المصري (١).

أما الشرط الأول فقد نصت عليه المادة ١٣٢٥ من القنين المدني الفرنسي (٢)، إذ تقتضى بأن الأوراق العرفية التى تثبت عقوداً ملزمة للجانبين لا تكون صحيحة إلا إذا تعددت نسخها (٣) بقدر تعدد أطراف العقد ذوى المصالح المستقلة (٤)، ويجب أن يذكر فى كل نسخة عدد النسخ التى حررت من هذا السند. فإذا كان العقد بيعاً مثلاً، وكان كل من البائع والمشتري شخصاً واحداً، فإنه يجب أن يكتب من عقد البيع نسختان، إحداها للبائع والأخرى للمشتري. فإذا تعدد البائع مع تعارض المصلحة، أو تعدد المشتري على هذا الوجه، وجب تعدد النسخ التى تعطى للبائعين أو تعطى للمشتريين بقدر تعددهم، حتى يحفظ كل متعاقد بنسخة لنفسه (٥).

(١) وقد كان المشروع الأول لنصوص الإثبات الذى وضعه الأستاذ استنوت (Stennot) يتضمن نصوصاً تؤرد طين الشرطين كما قمنا. ولكن لجنة تنقيح القنين المدني حذفت هذه النصوص، فخرج المشروع النهيى علواً منها. وبقي الأمر كذلك فى جميع مراحل التنقيح، حتى استقر القنين المدني المصرى الجديد وليس فيه طين الشرطان.

(٢) ولم يكن هذا الشرط موجوداً فى القانون الرومانى ولا فى القانون الفرنسى القديم، وقد استعمله القضاء (برلمان باريس) لأول مرة فى ٢٠ أغسطس سنة ١٧٣٦.

(٣) النسخة (double) غير الصورة (copie)، إذ هى أصل (original) لا صورة.

(٤) وتؤس هذه القاعدة على جواز أن يقول الطرف الذى لم يحفظ بنسخته إن العقد لم يكن إلا مشروعاً لم يتم، ولو أنه كان قد تم لأحفظ بنسخته للاحتجاج بها (لوبرى ودو ١٢ فقرة ٧٥٦ ض ١٨٨ على رقم ١٣).

(٥) ولكن إذا كان أحد الطرفين فى العقد الملزم للجانبين قد انقضى حقه قبل كتابة الوثيقة أو فى أثناء كتابتها، ولم تعد له مصلحة فى الاحتفاظ بنسخته، فإن تعدد النسخ لا يكون فى هذه الحالة لازماً. فإذا كان البائع مثلاً قد أسقط الحق كله ولم يبد له أى حق فى ذمة المشتري، انقصر على تحرير نسخة واحدة من عقد البيع يحفظ بها المشتري (بلانيول وديير وجابول ٧ فقرة ١٤٦٥ ص ٩٠٣ - ٩٠٤).

كذلك إذا تم تعارض المصالح فى الجانب الواحد لا تعدد نسخ هذا الجانب. فالبايعون لمين فى الشيوخ لا تعدد نسخهم. وفى شركة العصرية تكن نسخة واحدة لجميع الشركاء المديريين، ونسخة أخرى لجميع الشركاء الموصين (بلانيول وديير وجابول ٧ فقرة ١٤٦٥ ص ٩٠٤ - ٩٠٦). ويستثنى من قاعدة تعدد النسخ العقود التجارية، والرسائل، والعقود القضائية، والأوراق الرسمية الباطلة إذا صلت أن تكون أوراقاً عرفية (وهذه تسمى الإفادة إلى ذلك).

ويمكن تفادى شرط تعدد النسخ بكتابة نسخة واحدة وإيداعها عند أمين يحفظها لحساب جميع المتعاقدين (بلانيول وديير وجابول ٧ فقرة ١٤٦٥ - ١٤٦٦ فقرة ١٤٩٨ ص ٩٠٦ - ٩٠٧).

ثم إنه لا يمكن تعدد النسخ ، بل يجب أيضاً ، كما قلنا ، أن يذكر في كل نسخة عدد النسخ التي حررت ، وذكر هذا العدد موقفاً عليه من الخصم هو الذي يثبت تعدد النسخ وفقاً لما يتطلبه القانون حتى في حالة امتناع هذا الخصم عن تقديم النسخة التي احتفظ بها . فإذا لم تعدد النسخ ، أو لم يذكر عددها في كل نسخة ، كانت الورقة العرفية باطلة كدليل للإثبات <sup>(١)</sup> . ولا يوجد نص في التقنين المدني المصري كما قلنا - لا في القديم ولا في الجديد - يقابل نص المادة ١٣٢٥ من التقنين المدني الفرنسي المتضمن الذكر . فلا يشترط إذن في القانون المصري تعدد النسخ في العقود الملزمة للجانبين ، وإذا كتبت نسخة واحدة كانت دليلاً كتابياً كاملاً يجوز لكل من المتعاقدين أن يتمسك به <sup>(٢)</sup> . ولكن الضرورة العملية تقتضي في أكثر الأحيان أن تكتب نسخ بقدر عدد المتعاقدين ذوي المصالح المتعارضة ، حتى يحفظ كل متعاقد بنسخة لنفسه دليلاً على حقه <sup>(٣)</sup> .

وأما الشرط الثاني فقد نصت عليه المادة ١٣٢٦ من التقنين المدني الفرنسي ، إذ تقتضي بأن الأوراق العرفية التي تثبت عقوداً ملزمة لجانب واحد يجب إما أن

---

(١) ولكن العهد الملزم للجانبين يبقى قائماً ، ويجوز إثباته بطرق أخرى غير الكتابة كالإقرار واليمين . بل يجوز إثباته بالهيئة والقرائن إذا كانت قيمة الالتزام لا تجاوز النصاب المحدد للإثبات بهذه الطرق (أي ٥٠٠٠ فرنك) (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ١٩٨ - ص ١٩٩) .

ولكن هل يجوز أن تعتبر الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة ، فتشكل بالهيئة أو بالقرائن ، حتى لو تجاوزت قيمة الالتزام هذا النصاب المحدد ؟ يذهب القضاء الفرنسي في منطه وطائفة من الفقهاء إلى جواز اعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة في هذه الحالة (انظر في هذه المسألة بلانجيل وريير وجابوره ٧ فقرة ١٤٧٠ ص ٩٠٩ - ص ٩١١) .

(٢) بل قد جرى العمل ، قبل قانون التسجيل الذي صدر في سنة ١٩٢٣ ، على أن يكفي ، في عقود البيع التي تم فيها دفع الثمن ، بنسخة واحدة موقعة من البائع ولو لم يوقعتها المشتري . وقد اكتفى القانون المذكور بصريح العقود واجبة التسجيل من نسخة واحدة يوقع عليها جميع المتعاقدين ، ثم تحفظ بقلم التسجيل وتطلى منها صورة فوتوغرافية لكل من يطلب ذلك في مقابل رسم معين . وكذلك قبل قانون الشهر العقاري الذي حل محل قانون التسجيل (الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٧٩) .

(٣) انظر في كل هذا أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ١٨٨ - ص ٢٠٥ - بلانجيل وريير وجابوره ٧ فقرة ١٤٦٤ - ١٤٧٠ ص ٩٠٢ - ص ٩١١ - الموجز لفرغف ٦٦٤ - ص ٦٦٥ .

تكتب كلها بخط المدين ، أو في القليل أن يكتب المدين بخطه قيمة الالتزام -  
حروفاً لأرقاماً - مسبوقة بمبارة يعتمد بها المدين التزامه ، وتكون عادة إحدى  
هاتين الصورتين : Bon pour أو approuvé pour ، ثم يوقع المدين بأصابعه  
هذه العبارة ، وهذا التوقيع ينسحب على الاعتماد وعلى مشتريات الورقة في وقت  
واحد (١) . والقود الملزمة للجانب واحد التي تخضع لهذا الشرط هي العقود  
التي يكون محل الالتزام فيها مبلغاً من النقود أو جملة من الأشياء الخالية التي تعد  
أو تقاس أو توزن أو نكال ، حتى يستطيع تقدير محل الالتزام برقم هو الذي  
يكتبه المدين بخطه حروفاً (٢) . ولا مقابل لهذا النص أيضاً في التقنين المصري ،  
للقديم ولا الجديد ، فلا يكون هذا الشرط لازماً لصحة الورقة العرفية  
في مصر .

وتقتن أصول المحاكمات المدنية اللبنانية ، دون سائر التقنينات العربية ،  
بشروط في الورقة العرفية هذين الشرطين اللذين يشترطهما التقنين الفرنسي  
( انظر المادتين ١٤٦ و ١٤٧ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية ) .

## المبحث الثاني

### حجية الورقة العرفية في الإثبات

١٠٩ - مسائل تمحوت : نجري هنا - في حجية الورقة العرفية - على

(١) وكان هذا القضاء على العادة التي فشت ، في القرن الثامن عشر في فرنسا ، في إساءة  
استعمال التوقيع على بياض . فصدر بهذه القاعدة تصريح ملكي (déclaration royale) في  
٢٢ سبتمبر سنة ١٧٣٣ . ويبين من ذلك أن هذه القاعدة وقاعدة تمدد النسخ قاعدتان متعاصرتان ،  
ظهرتا أخيراً ، الأولى في سنة ١٧٣٣ ، والثانية في سنة ١٧٣٦ .

(٢) وإذا لم يستوف هذا الشرط فالإعلان لا يخلق إلا الورقة العرفية كدليل للإثبات ، أما  
التصرف القانوني ذاته فيبقى ويجوز أن يكون قابلاً للإثبات بطرق أخرى . ونعتبر الورقة التي  
لم تستوف الشرط مهذاً ثبوت بالكتابة . وإذا تناهت مقدار الالتزام المتعهد مع المقدار المذكور في  
صلب الورقة ، أعني بأقل المقدارين لأن ذلك في مصلحة المدين ، حتى لو كانت الورقة بخطه ، انظر  
في كل ذلك أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٠٥ - ص ٢١٧ - بلايول وريير وجابويل  
٧ فقرة ١٤٧١ - فقرة ١٤٧٩ - ص ٩١١ - ص ٩١٧ . وفي تقنين أصول المحاكمات  
المدنية اللبناني (١٤٨) م يلحظ بالمقدار الأول .



ما جريتنا عليه هناك في حجية الورقة الرسمية . فتكلم في حجية الورقة العرفية في الإثبات فيما بين الطرفين ، ثم في حجيتهما في الإثبات بالنسبة إلى الغير ، ثم في حجية صور الورقة العرفية في الإثبات .

ولا محل للكلام في افتراض عرفية الورقة كما تكلمنا في افتراض رسميتها . ذلك أن الرسمية لها أوضاع وإجراءات إذا اختلت بطلت الورقة ، فكان من ذلك أنه متى كانت مظاهرها الخارجية تنبئ بأنها ورقة رسمية اعتبرت كذلك ، واقتضى أن هذه الأوضاع والإجراءات قد روعيت حتى يثبت ذو المصلحة أنها لم تراعى . أما الورقة العرفية فلا يشترط لصحتها مراعاة أوضاع وإجراءات معينة ، فلا محل إذن لافتراض أن هذه الأوضاع والإجراءات قد روعيت<sup>(١)</sup> .

## المطلب الأول

حجية الورقة العرفية فيما بين الطرفين

١١٠ - التعريض القانوني : تنص المادة ٣٩٤ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . أما الواوٲ أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ، ويمكن أن يخلف بمحض بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق<sup>(٢)</sup> . »

(١) يضاف إلى ذلك أن احتمال تزوير الورقة العرفية أكبر بكثير من هذا الاحتمال بالنسبة إلى الورقة الرسمية ، لذلك كان افتراض صحة الورقة الرسمية أقرب إلى الحقيقة من افتراض صحة الورقة العرفية . ومن ثم كانت صحة التوقيع على الورقة العرفية عرضة للتزلزل بمجرد إنكار صاحب التوقيع لتوقيمه ، ويجب في هذه الحالة تحقيق الورقة من طريق إجراءات تحقيق المخطوط . أما التوقيع على الورقة الرسمية فتفترض صحته حتى يظن فيه بالتزوير . على أن التوقيع على الورقة العرفية تفترض صحته افتراضاً مؤقتاً ، ويؤول هذا الافتراض بمجرد إنكار صاحب التوقيع كما قلنا ( بودري وهارد ،قرة ٢٢٣٧ - فقرة ٢٢٤٠ ) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٩ من المشروع المتهدي على الوجه الآتي :

١٥ - من أحج عليه ورقة عرفية لم يرد أن يعترف بها وجب عليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . ٢ - أما الواوٲ لو الخلف فيكن منه أن -

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادة ٢٩٢/٢٢٧<sup>(١)</sup> - ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادتين ١٠٩ و١٠٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٥٥ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية المواد ١٤٩-١٥١ ، وفي التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة المادة ٣٨١<sup>(٢)</sup> -

« يخطف شيئاً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإضاء أو الختم أو البصمة هي من تلقاها الحق . وفي لجنة المراجعة أديت الفقرتان في فقرة واحدة مع تحويلات لفظية تزيد الحكم الوارد فيها دقة ووضوحاً ، وأصبح النص في المشروع النهائي ، تحت رقم ٤٠٧ ، مطابقاً للنص الذي استقر في التقنين الجديد . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٩٤ ، ثم مجلس الشيوخ ( مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٣٦٧ - ص ٣٧١ ) .

(١) كانت المادة ٢٩٢/٢٢٧ ، من التقنين المدني القديم تجرى على الوجه الآتي :  
« والمحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل إنكار الكتابة أو الإضاء . ولم يستحدث التقنين الجديد شيئاً ، غير أنه جاء أدق في الأسلوب وأكثر تفصيلاً للأحكام . فهو يميز بين صدور المدة من نفسها ، وهذا يفترض حتى يلجأ صاحب التوقيع إلى إنكار الورقة ، وبين صحة الوقائع المدونة في الورقة ، وهذا لم يعرض له النص الجديد بل تركه للقواعد العامة وهي تقضي بأنه يجوز إثبات المكس بالطرق المقررة قانوناً . والنص الجديد يميز أيضاً ، عند إنكار الورقة ، بين صاحب التوقيع ويجب عليه أن ينكر صراحة أن الورقة قد صدرت منه ، وبين الورقة والخلف وعلاوة على ذلك يكتفى منهم بأن يحلفوا شيئاً على عدم العلم . والنص الجديد يحدد أخيراً طرق التوقيع فيذكر الإضاء والختم والبصمة ، وكان النص القديم لا يذكر إلا الإضاء ، ولكن محكمة النقض قضت بأن المادة ٢٢٧ من التقنين المدني ( القديم ) إذا كان لم يرد بها ذكر لفظ « الختم » مطعناً على « الكتابة والإضاء » فإن هذا تصور فيها ، حلت - على ما تراء محكمة النقض - هو مجرد السهو عن تكبير حكمها عند نقله من القانون المختلط المنقول هو عن القسانون الفرنسي . وليست العلة فيه أن الشارع المصري يرى المعايير في الجمعية بين الأوراق المشاة والأوراق المختومة ، وإلا لما فهم تماماً كيف أنه عند إصدار قانون المرافعات والمقدمات بعد تحرير في ذكر لفظ « الختم » مطعناً على لفظ « الإضاء » و « الكتابة » في جميع المواد التي وضعها في الفرع الخاص بتحقيق الخطوط وفي المواد الخاصة بمجرى الزبير وعيانة الأمانة ( نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة محرر ١ رقم ١٧٤ ص ٣٤٦ ) .  
ويتبين مما تقدم أن كل الأحكام التي قررها النص الجديد كانت « دمية في ظل التقنين القديم دون نص ، ومن ثم لا يكون التقنين الجديد قد استحدث شيئاً كما قلنا .

(٢) التقنينات العربية الأخرى - قانون البينات السوري ٩ م : السند العادي هو الذي يشتمل على توقيع من صدر منه أو على غايته أو بصمة أصبه وليست له صفة السند الرسمي - م ١٠٩ : من احتج عليه بسند عادي ، وكان لا يريد أن يعترف به ، وجب عليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع أو غايته أو بصمة أصح ، وإلا فهو حجة عليه بما فيه ٢ - أما الأوراق أو أي خلف آخر فيكتفى به أن يقرر بأنه لا يعلم أن الخط -

ويقابل في التفتين المدني الفرنسي المواد ١٣٢٢ - ١٣٢٤ (١).

ويتبين من هذه النصوص : (أولاً) أن الورقة العرفية حجة على الناس كافة،  
فيما بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير . وسنبحث حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى

= أو التوقيع أو الختم أو البصمة هو لمن تلقى عنه الحق ٣ - من أحج عليه بسند عادي وبحث  
فيه ، لا يقبل منه إنكار الخط أو التوقيع أو الخاتم أو بصمة الإصبع . ولا يطلب قانون  
البيئات السوري المبين من الوارث منه الإنكار . وينص صراحة على أن من صدرت عنه  
وبحث فيه لا يقبل منه إنكاره بعد ذلك .

التفتين المدني العراقي م ٤٥٥ : ١٥ - يعتبر السند العادي صادراً من وقته ، ما لم ينكر  
صراحة هو أو من يقوم مقامه ما هو منسوب إليه من خط أو إضمار أو ختم أو بصمة إصبع .  
٢ - ويكتفى من الوارث أو الخلف بأن يخلف شيئاً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإضمار أو الختم  
أو البصمة هو لمن تلقى عنه الحق إذا عجز المحجج بالسند عن الإثبات . ويختلف التفتين العراقي  
عن التفتين المصري في مسألة تفصيلية : يكتفى ، في التفتين العراقي ، من الوارث والخلف في  
الغاية بمجرد الإنكار الصريح دون بين ، وعند ذلك يتولى المحجج بالسند إثبات صحة صدور  
السند من المورث بالإجراءات المقررة في قانون المرافعات . فإذا ما عجز عن الإثبات ، عند ذلك  
يطلب من الوارث أو الخلف أن يخلف شيئاً على عدم العلم .

تفتين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٤٩ - إن الفرق الفنى أدل عليه بسند ذي  
توقيع خاص ، فبحث في الأساس بغير أن يناقش في صحة التوقيع ، لا يقبل منه بعد ذلك إنكار  
هذا التوقيع - م ١٥٠ - يجوز إنكار التوقيع الموضوع على السند قبل أية مناقشة في  
الأساس ، فتجرى حينئذ معاملة التطبيق - م ١٥١ : « إذا تقرر صحة الإضمار الموضوع  
على سند ذي توقيع خاص ، إما باعتراف الشخص المدعى عليه بهذا السند من تلقاء نفسه ، وإما  
بعد إجراء معاملة التطبيق ، فإن هذا السند يصبح مكتسباً ، تجاه المتعاقدين وتجاه الغير ، القوة  
الثبوتية التي تكون للسند الرسمي ، مع الاحتفاظ بإثبات صحة التاريخ » وقد نص التفتين اللبناني  
على عدم جواز الإنكار بعد البحث في موضوع السند ، ونص على قيمة السند بعد الاعتراف به  
أو بعد تحقيق صحته ، ولم ينص على حالة ما إذا أراد الوارث إنكار توقيع مورثه .

التفتين المدني السلطنة الجيبية المتحدة : م ٣٨١ (مدافعة لنص المادة ٣٩٤ من التفتين  
المدني المصري) .

ويتبين من استعراض هذه النصوص أن التفتينات العربية - فيما عدا بعض فروق في  
التفصيلات - متائلة في الأحكام .

(١) التفتين المدني الفرنسي م ١٣٢٢ - السند القرني ، المقصود به من يشهده عليه أو  
الذي يعتبر مستنداً به قانوناً ، تكون له قوة السند الرسمي فيما بين الطرفين والورقة والخلف -  
م ١٣٢٣ - من أحج عليه بسند عرفي يجب عليه إما أن يعترف به وإما أن ينكر صراحة على  
أو لإضماره . أما الورقة والخلف فيجوز لهم أن يقتصروا على إعلان أنهم لا يعلمون أن الخط أو

الغير فيها بلى (ثانياً) فيما بين الطرفين، تكون الورقة العرفية، من حيث صدورها من وقع عليها، حجة قاتمة إلى أن ينكرها صاحب التوقيع. ومن حيث صحة ما ورد بها من الوقائع في ذاتها، تكون الورقة العرفية حجة قاتمة إلى أن يثبت العكس. وهذه هي قوة الورقة العرفية في الإثبات فيما بين الطرفين. وتتناول الآن هذه المسألة بشقها.

### ١١١ - حجة الورقة العرفية من حيث صدورها من وقع عليها :

إذا احتج ذي شأن بورقة عرفية على من تحمل توقيعها، فإن صاحب التوقيع إما أن يعترف بأن التوقيع له وأن الورقة صادرة منه، وإما أن ينكر أن الورقة كلها أو بعضها صادرة منه، وإما أن يخرج بالسكوت عن الاعتراف أو الإنكار. ومقتضى نص المادة ٣٩٤ السابقة الذكر أن السكوت هو بمثابة الاعتراف. وإذا أراد صاحب التوقيع أن ينفي صدور الورقة منه، فعليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خطأ أو إفساد أو ختم أو بصمة.

فإذا اعترف صاحب التوقيع بصدور الورقة منه، أو سكت ولم ينكر صراحة صدورها <sup>(١)</sup>، اعتبرت الورقة صادرة منه، واعتبر التوقيع توقيعه والمخط المنسوب إليه خطه، وتصبح الورقة العرفية، من حيث صدورها من وقع عليها، في قوة

---

= الإفساد هو من تلقا الحق منه — ١٣٢٤ — في حالة ما إذا أنكر المصمم خطه أو إفساده، أو أعلن الورقة أو الخلف عدم العلم، ويجب الأمر بإجراء التحقيق قضائياً. وهذا هو الأصل الفرنسي لهذه النصوص :

Art 1322 — L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique.

Art. 1323 — Celui auquel on oppose un acte sous seing privé est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature. Les héritiers ou ayants cause peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur.

Art. 1324 — Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants cause déclarent ne la point connaître, la vérification en est ordonnée en justice.

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « وتقرر الفقرة الأولى من هذه القاتمة أن سكوت ذي الشأن يعتبر في الأصل إقراراً، لأن من واجب من =

الورقة الرسمية . ولا يجوز لصاحب التوقيع أن يعود بعد ذلك إلى الإنكار ، إلا أن يظن بالتزوير<sup>(١)</sup>.

أما إذا أنكر صراحة توقيعه أو خطه ، فأنكر بذلك أن الورقة كلها أو بعضها صادرة منه ، فعل المحتج بالورقة عبثه إثبات صدورها من صاحب التوقيع ، وذلك بأن يطلب إحالة الورقة على التحقيق<sup>(٢)</sup> وفقاً لإجراءات رسمها تقنين المرافعات في تحقيق التوقيع والمخطوط .

ولا يريد الاعتراف بالورقة «أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء» ، فإذا أيد ذو الشأن أن يترتب بنسبة الخط أو الإمضاء إليه أو أن ينكر هذه النسبة ، فيصين اعتبار الورقة العرفية عند أضرب بها حكماً . وقد أضحت المادة ٢٢٧ من التقنين القائم بهذه القوانين خفضت بأن المهررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعدين بها ما لم يحصل إنكار الكتابة أو الإمضاء (مجموعة الأعمال القضائية ٣ ص ٣٦٨ - ٣٦٩) .

(١) ويمكن أن يسكت عند مواجهته بالورقة ، فلا يصطعب بعد ذلك أن يلجأ إلى الإنكار ، بل يجب عليه الظن بالتزوير ، (الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٩١ ص ٨٢ - أبريل ورد ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢١٩ - ص ٢٢٠ - وانظر المادة ٢١٤ من تقنين المرافعات الفرنسي) .

(٢) أما إذا كان التوقيع مصدقاً عليه ، فلا يجوز له الاكتفاء بالإنكار ، بل يجب عليه الظن بالتزوير ، لأن التصديق على التوقيع يعتبر في هذه الحدود بمثابة ورقة رسمية - وكل حال نظمت المحكمة ألا تجيب طلب الإحالة إلى التحقيق متى رأت من ظروف الدعوى والأدلة التي استندت إليها ما يكفي لتكوين مقيدتها فيها بلا حاجة إلى التحقيق المطلوب (نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠ ص ٢٢) . ولقاضي الموضوع أن ينفي بصحة الورقة المقدمة في الدعوى دون أن يكون ملزماً بالسير في إجراءات التحقيق متى تبين ذلك بناء على أسباب مقبولة . فإذا طلب الخصم تأخير الحكم في الدعوى لظن بالتزوير في الورقة التي رسلت هذه الدعوى بناء عليها ، فإن حق القاضي أن يهدر هذا الطلب إذا رأى أن مقدمه لم يبلغ به إلا مجرد المطالبة وكسب الوقت (نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٧ ص ٢٧٩ - ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠١ ص ٢٠٩ مع تعليق للأستاذ محمد حامد ههسي في ملحق ص ٢١٩ - ٢٢ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٨ ص ٣٦٥ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٩ مجموعة رسمية ٣٠ ص ١٠٦ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة رسمية ٣٨ رقم ٥ ص ١٠٧ - استئناف مخطوط ٢٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٦٣ - ٢ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٠٦ - ٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٢ ص ١٨٢ - ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ م ٢ ص ٣٠٤ - ٢٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩٩ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢٢ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٤٨ - ٦ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٤١) .

والإنكار إنما يرد على الأوراق العرفية ، أما ادعاء التزوير فيرد على جميع الأوراق الرسمية والعرفية (م ٢٦١ مرافعات) . ومعنى ذلك أن الورقة العرفية تحمل الطعن بالتزوير والإنكار . فلصاحب التوقيع أن يكون هو المهاجم ، فيقطع في الورقة «عرفية بالتزوير» ، ويقع عليه عندئذ عبء الإثبات . وله كما بينا ، أن يقتصر على إنكار الورقة ، فيلجأ المحتج بها إلى إجراءات تحقيق الخطوط ، ويقع عليه لا على صاحب التوقيع عبء الإثبات . أما إذا كانت الورقة رسمية ، فلا يستطيع صاحب التوقيع إنكار صدورها منه إلا إذا طعن في الورقة بالتزوير كما قلنا<sup>(١)</sup> . والذي يبرر هذا الفرق في الحكم بين الورقة الرسمية والورقة العرفية أن الورقة الرسمية تحمل توقيع الموظف العام الذي وثقها ، وفي هذا الموظف من الضمانات وعليه من المسؤولية ما يسمح بافتراض صحة صدور الورقة الرسمية من صاحب التوقيع . فإذا أراد هذا أن ينكر صدور الورقة منه ، فعليه حوز عبء الإثبات ولا سبيل له إلا الطعن بالتزوير . أما الورقة العرفية فلا يتوافر فيها هذه الضمانات ، بل هي ورقة تحمل توقيعاً يقول المتسلط بها أنه توقيع خصمه ، فإذا أنكر هذا الخصم

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن متى كان الثابت أن الطاعن لم يقف عند حد إنكار توقيع مورثه على التمسك ، وإنما ذهب إلى الادعاء بتزويره ، فإن الحكم إذاً ألقي عليه عبء إثبات هذا التزوير لا يكون قد خالف قواعده الإثبات (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض • رقم ٤٦ ص ٢٩٧) — وقد قضت المادة ٢٧٤ من تقنين المرافعات بأنه لا تسع شهادة الشهود إلا فيما يتعلق بإثبات حصول الكتابة أو الإضمار أو الختم أو بصفة الأسبق ، أما في دعوى التزوير فيجوز قبول إثبات عدم قيام الدين الذي حررت عنه الورقة قرينة على التزوير . وقضت محكمة النقض بأن المادة ٢٧٠ مرافعات (٢٧٤ جديد) خاصة بتحقيق الخطوط ولا مجال لتطبيقها في دعوى التزوير . والمقصود منها هو احترام القاعدة العامة في الإثبات بعدم تمكن من يتسلط بورقة أنكرها خصمه من أن يثبت بالبين ، في غير الأحوال التي يجوز فيها ذلك قانوناً ، الالتزام المدون بها ، ولذلك جاء نصها مقصوداً على أن البينة لا تسع إلا عند إثبات واقعة الكتابة أو التوقيع دون الالتزام ذاته ، بخلاف الحال في دعوى التزوير ، فإن الأمر فيها — إذا ما قبلت أدلة التزوير — يكون متعلقاً بجريمة أو غش ما يجوز قانوناً إثباته بجميع الطرق ومنها قرائن الأحوال كعدم قيام الدين الذي حررت عنه الورقة . وذلك يستتبع أن يكون لعدم دعوى التزوير الحق في أن يثبت بجميع الطرق أيضاً عدم صحة الدعوى عملاً بالمادة ٢٨١ مرافعات (١٩٢ جديد) . وإذن فإذا كان التحقيق في دعوى التزوير قد تناول غير الكتابة أو التوقيع وقائع أخرى ، واحتضنت عليها المحكمة ، فلا تشوب عليها في ذلك (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة مر ٣ رقم ١٣٩ ص ٤١٠ — انظر أيضاً نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة مر ١ رقم ١٧٤ ص ٢٤٦) .

لم يكن عليه هو أن يحمل عبء الإثبات، بل التمسك بالورقة هو الذي يجعل هذا العبء مثبت أن الورقة صادرة حقاً من صاحب التوقيع عن طريق إجراءات تحقيق المخطوط<sup>(١)</sup>.

وإذا أنكر صاحب التوقيع صدور الورقة العرفية منه ، ثم أثبت التحقيق

(١) أوبري ورد ١٢ ص ٧٥٦ ص ٢١٧ عاش رقم ٩٠ ، والمخطوط البارزة في إجراءات تحقيق المخطوط - وهي من مباحث قانون المرافعات - تتحصل في أنه إذا أنكر صاحب التوقيع توقيعه ، وكانت الورقة متجة في النزاع ، ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين حقيقة المحكمة ، ولم يكن في الورقة كشط أو هو أو تحبير أو غير ذلك من العيوب المادية بحيث تقدر المحكمة إسقاط تقيدها في الإثبات أو إنفاذها ، فإن المحكمة تأمر بتطبيق الورقة عن طريق المضاعفة أو بسحب الشهود أو بكلا الطريقتين . ( انظر في جواز الاكتفاء بالهينة وعدم الالتجاء إلى المضاعفة : نفقسي سبدي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٨ ص ١٢٥ - وفي أن مجرد إعلان نقد الختم لا ينفذ دليلاً على صحة هذه الواقعة : نفقسي سبدي ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٧ ص ٢٠٧ ) ويشغل الحكم بإحالة الورقة إلى التحقيق على نائب أحد قضاة المحكمة لإجرائه وتعيين خبير للمضاعفة ، وتكون المضاعفة على ما هو ثابت بصدوره من تفهده عليه الورقة من أوراق رسمية أو أوراق متعرف بها منه أو على خطه أو بإضائه الذي يكتبه أمام القاضي المنتصب للتحقيق ، أما الشهود فيسمون فيما يتعلق بصدور الورقة من صاحب التوقيع وتزاعي في صمامهم القواعد المقررة في سماع شهادة الشهود . وإذا حكم بمسئلة كل الورقة فيحكم على من أنكرها بغرامة من أربعة جنيهات إلى خمسة عشر جنيهاً . وعلى أية حال ، إذا قضت المحكمة بمسئلة الورقة أو بردها أو قضت بسقوط الحق في إثبات صحتها ، أخذت في نظر موضوع الدعوى في الحال أو حذفت لتنظره أقرب جلسة ( انظر المواد ٢٦٠ - ٢٧٦ مرافعات ) . وتكس المسادة ٢٧٧ مرافعات على أنه لا يجوز لمن يده ورقة غير رسمية أن ينضم من تشبه عليه الورقة ليقر بأنها بخطه أو بإضائه أو بنسخه أو ببصمة أصبعه ، ولو كان الالتزام بما غير مستحل الأداء ، ويكون ذلك يدعى أصلية بالإجراءات المعتادة . ولا تخلف الحال معتدلة من أحد فروع ثلاثة : إما أن يحضر المدعى عليه ويقر بطلان المحكمة لإقراره ( م ٢٧٨ مرافعات ) ، وإما ألا يحضر فتصح المحكمة في لجته ببصمة صدور الورقة منه ويجوز المطالبة في هذا الحكم في جميع الأحوال ( م ٢٧٩ مرافعات ) ، وإما أن يحضر وينكر فيجوز التحقيق وفقاً للإجراءات التي سبق بيانها ( م ٢٨٠ مرافعات ) .

وقد يتعرف المدين ببصمة الختم ، ولكنه ينكر أنه وقع به على الورقة . وهذا يحدث كثيراً ، لأن الختم متضمن من صاحبه ، ويقع أن يحصل شخص على ختم آخر ليقوم به ورقة دون علم صاحب الختم . وقد كانت للتراث المحيطة بمسئلة استئناف مصر - قبل إنشاء محكمة النقض - قد قضت بأن على التمسك بالورقة الموقوفة بختم ، اعترف صاحبه ببصمته دون التوقيع به ، أن يثبت أن صاحب الختم هو الذي وقع به على الورقة فلا يجوز ، في هذه الحالة ، مطالبة صاحب الختم ، بالرغم من أضرائه بالبصمة ، أن يضمن في الورقة بالتزوير ، بل ولا أن يثبت أنه لم يوقع الورقة بضمه من غير طعن بالتزوير ، والتمسك بالورقة هو ، كما قلنا ، الذي يقع عليه عبء إثبات

أنه هو الذى وقعها ، صارت هذه الورقة العرفية ، كالورقة التى اعترف بها  
لو سكت عن إنكارها ، فى قوة الورقة الرسمية . وفى جميع الأحوال ، سواء

صاحبه أو الممنوع قد وقع الورقة بضمه حتى يستكمل بذلك دليله . وقد ورد فى حكم الدوائر المحيطة  
فى هذا المعنى ما يأتى : « أن إنكار التوقيع بالممنوع المترتب بهبسته يجعل الدليل القانونى المستفاد  
من الورقة ناقصاً نقصاً يكاد يكون مطلقاً . وبما أن المتمسك بالورقة هو المكلف بتقديم دليل  
كامل على دعواه ، فعليه هو إثبات توقيع خصمه بالممنوع عند إنكاره ك ما يتم له الاستدلال .  
والقول بأن الإقرار بهبسة الممنوع دون التوقيع به يعتبر قرينة على هذا التوقيع من شأنها إلزام  
المتنكر بإثبات صدم توقيعه أو بإلزامه بالتزوير هو قول فيه مخالفة صريحة للقاعدة الأولية  
المنصوص عليها فى المادة ٢١٤ مدنى وهو جعل صبه الإثبات على المدعى . على أنه يلزم أن يكون  
إنكار التوقيع جدياً لا يكذبه الظاهر من وقائع الدعوى بحيث لو رأى المحكمة من تلك الوقائع  
وظروفها أن الورقة المتنازع عليها صحيحة ، وأن الإنكار لم يكن الفرض من الإلطال والتكيدة ،  
فعلها حلق السلطة فى الحكم بهبسة الورقة دون الإحالة على التحقيق بشرط بيان أسباب ذلك الحكم  
(استئناف مصر للدوائر المحيطة : مايو سنة ١٩٢٩ المحبوسة الرسمية ٣٠ رقم ١٠٦ ص ٣٦٧) .  
وكان حكم الدوائر المحيطة هذا عقب اختلاف واضطراب فى القضاء فى عموس هذه المسألة .  
فإن المحاكم ما كان يقضى بالمضى الذى أحلت به الدوائر المحيطة : استئناف مصر ٢١ ديسمبر  
سنة ١٩٢٩ المحبوسة الرسمية ٢٨ ص ٧٥ (الاعتراف بالممنوع لا يمنع دعوى الإنكار لأن الممنوع  
منفصل من صاحبه فيجوز التوقيع به دون علمه ، بخلاف الإضمار فإن الاعتراف بإباح إنكارها  
لا يتصور) - استئناف مخطط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٣٧ - ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢  
م ٤٤ ص ٢٧٢ - وفى إنكار التوقيع يجوز الخصم أن يوجه التمين الخامسة إلى من أنكر توقيعه  
(استئناف مخطط ١١ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٤٨) ، أما الممنوع بالتزوير فلا يجوز فيه  
توجيه التمين الخامسة (استئناف مخطط ٩ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٩ - ١٩ مايو  
سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٥١) - ومن المحاكم ما كان يقضى بأن صاحب الممنوع هو الذى يقع عليه  
صبه إثبات أنه لا يقع الورقة بضمه ولكن هو حجة لأن يسهل فى ذلك طريق الممنوع بالتزوير .  
هكذا الاستئناف الأعلى فى ٩ وفى ١٩ يناير سنة ١٩١٦ المحبوسة الرسمية ١٧ رقم ١٠٠ - محكمة  
اسوان ٢٥ لويل المحبوسة الرسمية ٦ رقم ٥٦ - ومن المحاكم ما كان يقضى بأن صاحب الممنوع  
ما دام له اعتراف بهبسة خصمه لا يمين أمامه إذا أراد عدم الاعتراف بالتوقيع إلا طريق الممنوع  
بالتزوير . هكذا الاستئناف الأعلى ٢٩ يناير سنة ١٩٢٢ المحبوسة الرسمية ٢٤ ص ٥٥ -  
٧ يناير سنة ١٩٢٤ و ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ المحبوسة ٢٦ ص ٢٠ - استئناف مخطط ٢٢ نوفمبر  
سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٢ - ١٠ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٤٧ - ٣٠ ديسمبر  
سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٢٢ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٩ .

وبعد إنقضاء حكمة النقض اضطرت أسكلم هذه المحكمة على عكس ما قلعت به محكمة استئناف  
مصر فى صرائرها المحيطة ، ويمكن القول أن القضاء قد اضطرب الآن فى مصر على أن من ينكر  
بهبسة خصمه لا يجوز له أن ينكر التوقيع بالممنوع إلا إذا ملك طريق الممنوع بالتزوير . وقد قلعت  
هكذا النقض فى هذا المعنى بأنه القانون المصرى ألهم حجية الأوراق على شهادة ذات الإضمار



اعترف بالورقة أو سكت عن إنكارها أو أنكرها وأثبت التحقيق صدورهما منه ، يجوز له أن يظن في هذه الورقة العرفية بالتزوير ، كما يجوز له ذلك في الورقة .

= أو انتم الموقع به عليها ، في اعترف انتم الذي تثبت عليه الورقة بأن الإفساد أو الختم المرفوع به عليها هو إفساده أو غشه أو من ثبت ذلك بهد الإنكار بالدليل الذي يقدمه المتسلك بالورقة ، فلا يطلب من هذا المتسلك أي دليل آخر لامتداد صحة الورقة وإمكان اعتبارها حجة بما فيها على غشه صاحب الإفساد أو الختم . ولا يستلزم هذا انتم الاتصال بما تثبت عليه الورقة إلا إذا بين كيف وصل إفساده هذا المتسلك أو غشه هذا الصحيح إلى الورقة التي عليها التوقيع وانتم الدليل على صحة ما يدعيه من ذلك ، فإن طرد هي من دعوى تزوير بجهة يجب أن يشار إليها بطريقها القانوني ، ذلك بأن القانون لا يعرف إنكار التوقيع بالانتم ، بل لا يعرف إلا إنكار أهدأ بأن القانون في باب تحقيق المخطوط لا يعرف إلا إنكار انتم ذاته ، فن يعرف بالانتم ولكن ينكر التوقيع به لا يقبل من هذا الإنكار ، بل عليه أن يدعى بالتزوير في الورقة ويقيم حجة الدليل عليه . فإذا دفع شخص بإنكار التوقيع ، فلا يصح النظر في طعنه على اعتبار أنه إنكار التوقيع ، بل للمعين على المحكمة أن تثبت اعتراف المتسلك بهذا الدفع بجهة ثم تقضي بعدم قبول هذا الدفع بالإسناد . وإن عدم قبول إنكار التوقيع بالانتم المتعرف به لا يمنع الحكم بصحة الورقة المذكورة ولا بتوقيع القراءة على الدفع بهذا الحشر من الإنكار ، لأن الحكم بصحة الورقة لا يكون كما هو صريح نص المادة ٢٧١ من المبادئ (٢٧٦ جملة) إلا في حق الدفع بالإسناد المتسبب على ذات انتم أو ذات الكتابة أو ذات الإفساد ، والذي يقبل ويظهر موضوعاً ويجري فيه التحقيق بالطريق المرسوم في القانون أو بغيره من الطرق القانونية التي يرأها القاضي ، ثم يتبين بعد التحقيق أن إنكار ذات انتم أو ذات الكتابة أو ذات الإفساد هو إنكار غير صحيح . كما أن الحكم بالقراءة لا يوقع إلا إذا سكت المحكمة بصحة الورقة ، والحكم بصحتها يصح في صورة عدم قبول الدفاع بإنكار التوقيع بالانتم مع الاعتراف به كما تقدم ، ولأن القراءة لا يمكن توقيعها في تلك الصورة لانتفاء شرط توقيعها (نقش مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ مجوعة عمر ١ رقم ٢٥٤ ص ٧٢١) . ونقش أيضاً بأنه إذا اعترف شخص بجهة ولكنه أنكر التوقيع به ، وقبلت المحكمة الدفع بإنكار التوقيع ورأت بعد جهة موضوعياً أنه دفع غير جدي ونقضت برأيه طلب الإحالة على التحقيق وبسبب الورقة بتوقيع قراءة على من دفع بهذا الحشر من الإنكار ، ونقضت محكمة النقض هذا الحكم فيما يتعلق بتزوير الدفع بإنكار التوقيع بالانتم مع الاعتراف به ثم فصلت في موضوعه مقررة أن هذا الإنكار غير مقبول ، ونقضت بهذا لذلك بعدم صحة الحكم فيما قضى به من صحة الورقة ومن القراءة ، فحكم محكمة النقض بعدم قبول إنكار التوقيع وما يصحبه من تلك النتيجة لايستلزم ما للورقة من الحقيقة ، بل إنها تبقى حافظة لقوتها كورقة متعرف بصحة انتم الموقع به عليها ولا تقبل حكماً سوى القدر فيها بالتزوير (نقش مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ مجوعة عمر ١ رقم ٢٥٤ ص ٧٢١ وهو نفس الحكم السابق) . ونقضت كذلك بأنه إذا طعن أحد المتسوسم بالتزوير في ورقة على اعتبار أن مودعه المتسوسم له التوقيع على طعنه ما لا حزم له حكماً ، فلا مانع قانوناً من أن يحد طعنه على اعتبار أنه مع تسليمه بأن صحة انتم = (١٣ قمرى - ٢٢)

الرسمية ، وبمحل هو صبه إثبات زويرها<sup>(١)</sup>.

## ١١٢ - حجية الورقة العرفية من حيث صلا الوقائع التي وردت بها :

ويجب التمييز بين حضور البيانات للدولة في الورقة العرفية من وقعها (réalité matérielle) - وهذه كما رأينا تقوم عليها قرينة مؤكدة تسقط بمجرد إنكار الورقة دون حاجة إلى الطعن بالتزوير - وبين حجة هذه البيانات في ذاتها (vérité morale)، وهل هي وقائع جلية أو هي صورية . فإذا كانت الورقة العرفية تثبت مثلاً أن بها صدر من شخص إلى آخر وأن المشتري قبض الثمن ، افترض أن هذه الوقائع جميعها جلية غير صورية ، وكان ذكرها في الورقة

الوقائع به على ذلك القدر سحبة ، فإن مودته لم يرفع بنفسه هذا الختم عليه أو أنه قد حصل تزوير في القيد بالخر والكسوف والتفسير في جزء منه . ولذا فلا يقبل الطعن بطريق القسح القديم من من حيث أن الحكم المطعون فيه قد انصرف على إثبات حجة بصفة الختم دون كعرض لحجته بالوقائع على القيد بصرفه مودك ، لأن حجة في الختم أمام حجة الموضع في التزوير على القيد بصرفه مودك وفي الطعن الأخرى التي لم تقدم لحجة الموضع لا يزال محطوطاً في هذه الحالة ، فلا مسالة له في الختم أمام حجة القسح (لغض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٢٦ المبيعة الرسمية رقم ٢٧ و٧ ص ١٥٩) - انظر أيضاً لغض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٢٤ المبيعة ص ١ رقم ١٨٥ و ١٥٩ .

(١) وقد قلعت حجة الاستئناف الأصلية بأن عدم تمكن القاضي من إثبات صدور حقه من هو مسبب إليه لا يؤخذ به حياً أن هذا القيد مزور ، وأن الحكم يرد القيد ويطلبه لا يكرن إلا بناء على دعوى تزوير يلجئها من نسب هذا القيد إليه (استئناف ٥ أبريل سنة ١٩٠٩ المبيعة الرسمية رقم ١٠ و٩٨) . وقلعت حجة استئناف مصر بأن مسالة قبول دعوى التزوير به الإنكار مسالة عقلية ، ولذا أعطت المحكمة بالرأي القائل بقبولها كان لما أن تختصم بما تراه وإن جده مخالفاً لما حكمت به أولاً ، وإلا لما كان هناك شيء للقول ببراءة قبولها به الإنكار . ولذا حصل الإنكار وحكم بصفة الورقة المنكورة ، ثم ملن فيها بالتزوير وقبلت أدلته وحكم يرد الورقة وبطلانها ، لم يبق في القضية إلا الحكم التام للقاضي في دعوى التزوير وهو وحده الحكم للمعد . فلا محل إذن للقول بوجود تناقض موجب لرفع الناس من الحكم التام (استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٢١ المبيعة الرسمية رقم ٢٢ و٥٠ ص ١١٥) . وقلعت حجة استئناف أسبوط بأنه يجوز الطعن بالتزوير في ورقة سبق الحكم بحسبها به التبع إجراءات تحقيق الخطوط أو به الإقرار بما في فوائد أدلة جديدة على زويرها (استئناف أسبوط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المبيعة الرسمية رقم ٢١ و٩٤) .

وقلعت بحجة الاستئناف المنطوق بأنه من المسلم أن الحكم ، حتى بعد تمام إجراءات تحقيق الخطوط ، يستطيع أيضاً أن يطق في الورقة بالتزوير ، ولكن يجب أن يتحقق منه أدلة معينة .

العرفية قريبة على أنها صحيحة . ولكنها قريبة يجوز دحضها بإثبات العكس<sup>(١)</sup>.  
فلساحب التوقيع أن يثبت في مواجهة الطرف الآخر أن البيع صوري أو أن  
المشتري لم يقبض . ولا يقتصر صاحب التوقيع هنا على الإنكار - كما فعل عندما  
أنكر صدور الورقة منه - بل يقع عليه عبء إثبات العكس طبقاً للقواعد العامة .  
ومن هذه القواعد أنه لا يجوز ، بالنسبة إلى الطرف الآخر ، إثبات ما يخالف  
الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة .

ويدخل في صحة الوثائق صحة تاريخ الورقة العرفية . فالتاريخ الذي تحصله  
هذه الورقة تفترض صحة ، حتى يثبت صاحب التوقيع أنه غير صحيح وأن  
حقيقته كلها ، ولا يثبت هنا أيضاً ما يخالف المكتوب إلا بالكتابة<sup>(٢)</sup>.

كذلك لقيام التصرف القانوني في ذاته ، من صحة ونفاذ وغير ذلك ، كل  
هذا ينطع باب الطعن فيه أمام صاحب التوقيع ، ولا يمنعه اعتراجه بصحور  
الورقة منه من أن يطعن في التصرف القانوني - لاقى الورقة - بالنقض أو بالتدليس  
أو بالإكراه أو بعدم مشروعية السبب أو بأي دفع موضوعي أو شكلي آخر .

= مقبولة تكتفي بعدم عناصر الإثبات التي سبق تلخيصها في إجراءات تطبيق المخطوط (استئناف غلط  
٢٥ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٩ ص ٢٦٦) . ونقست أيضاً بأنه يمكن الاتجاه إلى إجراءات  
الطعن بالتزوير في أية حالة كانت عليها الدعوى ، حتى في خلال إجراءات تطبيق المخطوط ، فعرفت  
عنه ، ويسار في تلك (استئناف غلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٤٤) . انظر أيضاً  
استئناف غلط ١٠ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٨٣ (يجوز للطعن بالتزوير في ورقة عرفية بعد  
الاعتراض بالتوقيع أو الخط أو بعد تحقيق ذلك) .

انظر في هذه المسألة أوبري دور ١٢ فترة ٧٥٦ ص ٢١٩ - ٢٢٠ - بلابلول وريج  
وجابلول ٧ فترة ١٤٨٠ ص ٩١٨ - ص ٩١٩) .

(١) أما في الورقة الفرنسية فقد رأينا أن صحة البيانات في ذاتها يجب التمييز فيما بين ما يحد  
إنكاره طعناً في أمانة الموقّع ليجب سلوك دعوى التزوير في هذا الإنكار ، وبين البيانات التي  
لا يحسن إنكارها طعناً في أمانة الموقّع والإنكار هنا يكفي فيه حصول المنكر منه إثبات العكس  
كما في الحال في جميع البيانات الواردة في الورقة العربية (برودي وبارد ٤ فترة ٢٢٤٢) .

(٢) استئناف غلط ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٦ - ١٧ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧  
ص ٩١ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٦٢ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٦  
- ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٩٧ - ٩ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٥ - ١٢ ديسمبر  
سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٩٨ - ٢ يولي سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٢ - ٧ يولي سنة ١٩٢٨  
م ٤٠ ص ٤١١ .

## المطلب الثاني

### حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير

١١٣ - نصريف صمدى للغير : الغير هنا - كالغير في حجية الورقة الرسمية - هو كل شخص يجوز أن يسرى في حقه التصرف القانوني الذي كتبه الورقة العرفية ، ومن ثم يصح أن يحتج عليه بهذه الورقة كدليل على التصرف الذي يراد أن يسرى في حقه . وهو يوجه عام الخلف العام والخلف الخاص والدائن .

وسمى أن « الغير » تضيق دائرته في حجية تاريخ الورقة العرفية<sup>(١)</sup> .

ونستعرض حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير - كما استعرضناها فيما بين الطرفين - (١) من حيث صحة صدورهما من صاحب التوقيع . (ب) ومن

---

« وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « إن تاريخ الورقة العرفية يعتبر حجة فيما بين المتعاقدين حتى يثبت العكس ، شأنه من هذا الوجه شأن سائر ما يدون في هذه الورقة من البيانات . ويتعين على من يريد تحصيل الدليل العكسي في هذه الحالة ، أن يلتزم أحكام القواعد العامة في ذلك . ومؤدى هذا وجوب التقدم بدليل كتابي ، إذ لا يجوز نقض الكتاب كتابة إلا بالكتابة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٣) .

هذا ولما كان الغالب أن صحة التاريخ فيما بين الطرفين لا تناقض إلا عند ادعاء تقدم التاريخ أو تأخيره بطريق الفسخ ، « وكان الفسخ يبرر الإثبات بجميع الطرق ، فإنه يقع كثيراً أن يتسكن أحد الطرفين أن يثبت في مواجهة الآخر عدم صحة التاريخ حتى بالينة أو بالقرائن (استئناف صر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ الحاماة ٩ رقم ٤٧ ص ٧٠ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ الحاماة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢ - ديولوب ٢٩ فقرة ٥٠٨ - أوربري دور ١٢ فقرة ٧٥٩ ص ٢٢٠ علمي رقم ١٠٠ - بلانول ورييج وجابول ٧ فقرة ١٤٨٣ ص ٩٢٠ - ٩٢٢) .

(١) « والغير » - كما هو معروف - يختلف تحديده تبعاً للأوضاع المختلفة . فالغير في حجية الورقة العرفية قد يحذف ، وسنحذف تحديداً آخر في التاريخ الكتابي ، وفي حجية الشيء المقضي ، وفي المصروية . وله تحديد خاص يختلف عما تقدم في أثر القصد أو سرهانه وفي التسجيل . وهو في كل وضع من هذه الأوضاع يعتمد على نوع يتلاءم مع هذا الوضع . والفتكرة للفتكرة في كل هذه الأوضاع أن أرى قانونياً شيئاً قد يحد لشخص تقضي للمصلحة العامة للقانون بصلحه من أن يحد إليه ، فيحجر من « الغير » بالنسبة إلى هذا الأ » .

حيث صحة الوقائع التي وودت بالورقة . ونضيف مسألة ثالثة لما هنا أهمية خاصة : (ج) ومن حيث صحة التاريخ الذي تحمله الورقة .

#### ١١٤ - (١) أهمية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير مع حيث صدورها

ممن وقع عليها : هي نفس الحجية فيما بين الطرفين على النحو الذي قلناه . فتعتبر الورقة العرفية ، بالنسبة إلى الخلف العام ( الوارث والموصى له بجزء من التركة ) والخلف الخاص والدائن ، صادرة من صاحب التوقيع إلى أن ينكر - صاحب التوقيع لا الغير - صدورها منه دون حاجة إلى أن يظن فيها بالتزوير<sup>(١)</sup> . أما إذا اعترف بالورقة أو سكت ، فقد أصبحت الورقة حجة عليه وعلى الغير معاً ، وإذا أراد هو ، أو أراد الغير ، إنكارها بعد ذلك فلا سبيل إلا الطعن بالتزوير<sup>(٢)</sup> .

وإذا احتج بالورقة العرفية بعد موت صاحب التوقيع على الوارث أو الموصى له أو الخلف الخاص أو الدائن ، فإن هؤلاء لا يطلب منهم إنكار صريح ، كما كان يطلب من صاحب التوقيع ، لإسقاط حجية الورقة العرفية ، بل يكفي من أي منهم ، حتى لا تكون الورقة حجة عليه إلا بعد التحقيق ، أن يخلف بيميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق .

(١) ونص المصنفين الجديده أدق في هذا المعنى من نص المصنفين القديم . فقد كان النص القديم يقتضي ألا تكون الأوراق العرفية مسجدة على غير المتعاقدين بها إلا إذا كان تاريخها ثابتاً بوثقاً رسمياً ، فكانت نفس يوم أن الورقة العرفية لا تكون حجة في جميع مشغلاتها على الغير إلا إذا كانت ثابتة بتاريخه . أما نص المصنفين الجديده يقتضي ألا تكون « ورقة عرفية حجة على الغير في تاريخها إلا متى أن يكون لها تاريخ ثابت » ، فهي إذن في غير التاريخ حجة على الغير دون حاجة لتاريخ ثابت . وقد كان المشروع الأول الذي وضعه الأستاذ استلزم في الإثبات يظنن تصاً صريحاً في هذا المعنى ، ولكن حذف هذا النص في المشروع التمهيدي اكتفاء باستنباط الحكم من مضمون نص المادة ٢٩٥ ( انظر الأستاذ سليمان مرعش في أصول الإثبات لفكرة ٦٤ مكررة ص ٩٠ وققرة ٦٣ ص ٨٦ طبعش رقم ١ ) .

(٢) انظر مثلاً للأستاذ سليمان مرعش في قوة المحرمات العرفية في الإثبات منشوراً في مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٤ ص ٢٥٩ . ومضمون الإشارة إلى هذا المقال القيم .

وهذا بمد كل ما يستطيع أن يؤكد ، فلا يطلب منه أكثر من ذلك<sup>(١)</sup>.

## ١١٥ - (ب) حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من حيث صحة

الوقائع التي روت بها : وهنا الحجة أيضاً هي نفس الحجة فيها بين الطرفين على النحو الذي قدمناه . فلو اُثبت مثلاً أن يثبت صورية الوقائع الواردة في الورقة العرفية وفقاً للقواعد المقررة في الإثبات . وكذلك بفضل الخلف الخاص والدائن ، ويلاحظ هنا أن كلاماً من هذين يعتبر من الغير في الصورية ، فله أن يثبتها بجميع الطرق ومنها اليقظة والقرائن<sup>(٢)</sup>.

ولذلك يجب أن يدعوا التصرف القانوني الذي تثبته الورقة العرفية بجميع الدفوع الموضوعية والشكلية التي كانت لصاحب التوقيع . فلهم أن يطلبوا إبطال

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « فليس في الموضع ، إذا ما يفرق هذين المركبين ، إلا أن يباع الوارث أو الخلف الاكتفاء بنى علمه بأن الخط أو الإضاء أو التمسك أو التمسك لن تلقى عنه حقه ، دون أن يفتى موقف الإنكار صراحة . على أنه وعلى من الأنسب انتفاء أثر المادة ١٢٢٣ من التقنين المكتنى ، فنص على وجوب تعزيز إقرار الوارث أو الخلف بيمين يؤديها دوماً لما يحصل من نصف هذا أو ذلك في استعمال الرخصة الموقعة له . وقد أقر المشروع استعمال عبارة التقنين المذكور ، فنص على أنه يكفي من الوارث أو الخلف أن يقرر أنه لا يعلم أن الإضاء لمورثه ، دون أن يجزئ من الوارث بنى العلم بإضاء مورثه . ولذا أنكرت نسبة الورقة العرفية صراحة ، أو من الوارث أو الخلف علمه بذلك ، زالت عنها مطلقاً قوتها في الإثبات ، وتعين على من يريه التمسك بها أن يقدم الدليل على صحتها باتباع الإجراءات الخاصة بتفريق الخطوط . وقد جرى القضاء المصري على ذلك رغم غلو التقنين القرائن من نص خاص في هذا الشأن ( استئناف مخطط ٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤٨ ص ٦٩ ) ( مجموعة الأعمال الصغيرة ٣ ص ٢٦٩ - ص ٣٧٠ ) .

(٢) انظر الأستاذ سليمان مرقس في مقاله في قوة المهرات العرفية في الإثبات ( مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧ ) ، وقد جاء فيها ما يأتي : « . . . حتى بالنسبة لحوادث الأشخاص المصنوعين بالغير في المادة ٢٢٨ م ٢٩٥ جديد ) يكون المهر المرقى حجة بذاته ، ولا يحتاج إلى ثبوت تاريخه بوجه رسمي إلا لإسكان الاحتجاج بتاريخه فقط . فثلاً إذا عرضنا لنظر من أحكام قانون التسجيل يكون الدائن المرتب من الغير القين يجوز لم التمسك بالمادة ٢٢٨ بالنسبة لعقد البيع المرقى الصادر من القرائن ، فلا يمكن للاحتجاج عليه بتاريخه البيع ، ولكن هذا لا يمنع المشتري من الاحتجاج عليه بمسجل البيع ومن اعتبار نفسه حائزاً لثقتهم المرحون ، مع ما يترتب على ذلك من ثبوت حق التطهير له ومن وجوب اتخاذ الإجراءات ضدّه » ( مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧ ) .

التصرف بنقص الأهلية أو لفظ أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال ، وهم أن يذفوا ببطالان التصرف لعدم مشروعية المثل أو السبب أو لعدم استيفاء الشكل ، ولم أن يتمسكوا باقتضاء الالتزام بالوفاء أو بغيره من أسباب الاقتضاء ، إلى غير ذلك من الدفوع .

أما صحة التاريخ الذى تحمله الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير فله شأن آخر ، وهو ما ننظر الآن إليه .

### ١١٦ - (ج) حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير مرة صبت

صحة التاريخ الذى تحمله الورقة : هذه هى أهم مسألة فى حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير . فالورقة العرفية تحمل تاريخاً معيناً ، يفترض فيها بين الطرفين أنه هو التاريخ الصحيح حتى يثبت العكس . فهل للتاريخ هذه الحجية بالنسبة إلى الغير ؟

ظاهر أن هذا لا يمكن التسليم به . فقد يكون الطرفان متواطئين فى تقديم التاريخ أو فى تأخيريه لتحقيق غرض معين . يتواطآن فى تقديم التاريخ حتى يتفاديا مثلاً الطعن بالدعوى البوليصة من دائن تاريخ سنده متقدم على البيع الذى تشهد به الورقة العرفية فيقدمان تاريخ الورقة حتى يكون البيع أسبق من سند الدائن فلا يستطيع هذا أن يطعن فى البيع بالدعوى البوليصة . أو يقدمان تاريخ البيع حتى لا يطعن الورقة بأنه وقع فى مرض الموت . وقد يتواطآن فى تأخير التاريخ حتى يتفاديا الطعن فى التصرف بنقص الأهلية ، فيؤخرا تاريخ الورقة ليجنبا أن أحد المتعاقدين كان قاصراً وقت التعاقد<sup>(١)</sup> .

فالمقول إذن ألا يكون تاريخ الورقة العرفية حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً على وجه قاطع ، وعلى هذا جرى نص القانون . وحتى نتناول هذه المسألة بالبحث نسعرض أولاً نص القانون ، ثم نحدد ثانياً من هو القصد بالغير ، ثم نبين ثالثاً ما هى الأوراق العرفية التى تخضع لتطبيق القاعدة ، ثم نتكلم أخيراً فى الطرق التى يصبح بها التاريخ ثابتاً فى هذه الأوراق .

(١) الاستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات لفرد ٩٢ ص ٨٨ .

## ١١٧ - (أولاً) التصوي الفانونية: تنص المادة ٣٩٥ من

التقنين المدني على ما يأتي :

١ - لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت . ويكون تاريخ الورقة ثابتاً : ( أ ) من يوم أن قيد بالسجل المدع لللك (ب) من يوم أن يثبت مضمونها في ورقة أخرى ثابتة التاريخ (ج) من يوم أن يؤشر عليها موظف عام مختص (د) من يوم وفاة أحد من لم على الورقة أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ، أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يصمم لعلته في جسمه ، وبوجه عام من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه .

٢ - ومع ذلك يجوز للقاضي تباعاً للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على الحالات (١) .

وقابل هذا النص في التقنين المدني القديم للمادتين ٢٢٨-٢٢٩/٢٢٩-٢٢٩٤ (٢)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٠٠ من المشروع النهائي على الوجه الآتي :

١ - لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير إلا إذا كان لها تاريخ ثابت . ٢ - ويكون لها تاريخ ثابت : ( أ ) من يوم أن قيد بالسجل المدع لللك (ب) من يوم أن يثبت مضمونها في ورقة أخرى ثابتة التاريخ (ج) من يوم أن يؤشر عليها موظف عام مختص أو عضو من أعضاء الهيئة القضائية (د) من يوم وفاة أحد من لم على الورقة خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة يكون معترفاً بها ، أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يصمم لعلته في جسمه (هـ) من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوع هذا الحادث .

٣ - ومع ذلك يجوز للقاضي تباعاً للظروف ، ألا يطبق حكم هذه المادة على الحالات . وفي لجنة المراجعة أضيفت الفقرتان الأولى والثانية في فقرة واحدة ، وحذف صدر المادة للوصول إلى النص المقصود فأصبح :

١ - لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت . ٢ - وأصبح البتة ( أ ) في البتة (د) مع إضافة عبارة تبيل البتة (هـ) للملح حكماً عاماً بعد تخصص . وأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه نهائياً في التقنين الجديد ، وأصبح في المشروع النهائي تحت رقم ١٠٨ . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة الشيوخ تحت رقم ٣٩٥ ، ثم مجلس الشيوخ ( بحسب الأعمال التشريعية ٣ ص ٣٧٢ وص ٣٧٥ ص ٣٧٦ ) .

(٢) كانت المادة ٢٢٨/٢٢٩ من التقنين المدني القديم تنص على ما يأتي : « لكنها (المررات للغير الرسمية) لا تكون حجة على غير المتكلمين إلا إذا كان تاريخها ثابتاً ثبوتاً رسمياً . وكانتم المادة ٢٢٩/٢٢٩ تنص على ما يأتي : « طويت التاريخ يكون إما بطلب المحدثات المذكورة في سجل محوياً بطلبها أو مخصصاً فقط إذا كانت مؤشراً عليها بما يليه حسب السجل . وكذلك »



وقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيئات السوري المادة ١١ ، وفي التفتين المدني العراقي المادة ٤٥٦ ، وفي تفتين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية المادة ١٥٢ ، وفي التفتين المدني للمملكة المتحدة للبيبة المادة ٢٨٢ (١) - وقابل

١١ - يمكن التواريخ ثابتاً إذا كان في المحررات خط أو إنشاء أو رسم ثابت لإنسان توفى أو كانت عليه إشارة من أحد المأمورين للموسمين المختصين بذلك أو من أحد القضاة ونحوهم . ولم يستحدث التفتين الجديد شيئاً . ولكن النص الجديد جاء أمداً في الصياغة ، فتبوت التاريخ لازم لحجية التاريخ وحده ، وسبل إثبات التاريخ أكثر تنوعاً ولوسع إحاطة . حل أن التفتين الجديد لم يفلح إلا أنه قن القضاء المصري في كل هذا .

(١) التفتينات المدنية العربية : قانون البيئات السوري م ١١ . ١ - لا يكون السند العادي حجة على الغير إلا إذا كان له تاريخ ثابت . ٢ - ويكون له تاريخ ثابت : ( أ ) من يوم أن يصادق عليه الكاتب العدل . ب ) من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ . ج ) من يوم أن يقر عليه حاكم أو موظف مختص . د ) من يوم وفاة أحد من لهم حل السند أثر ثابت أو معترف به من خط أو توقيع أو رسم أو بصمة أصبع ، أو من يوم أن يصبح مستحقاً على أحد هؤلاء . أن يكتب أو يمسح لثقة في جسمه . هـ ) من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعاً في أن السند قد صدر قبل وقوعه . ٣ - ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعاً للظروف ألا تطبق هذه المادة على الوصولات . ٤ - لا تشمل أحكام هذه المادة الأستاذ والأوراق التجارية ولو كانت موقوفة أو مظهرة من غير التجار لسبب مدني ، وكذلك أستاذ الاستقراض الموقوفة لمصلحة تاجر برهن أو بدون رهن مهما كانت صفة المقرض .

وقد وقع القانون السوري في عدم الدقة التي وقع فيها المشروع النهائي لتفتين المصري : فالسند العرفي لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان له تاريخ ثابت ، وذلك بالنسبة إلى تاريخه وحده لا بالنسبة إلى مقتضاه .

التفتين المدني العراقي م ٤٥٦ (مطابقة لنص التفتين المصري فيما عدا فروقا لفظية طفيفة)

تفتين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية م ١٥٢ - لا يحد السند ذو التوقيع الخاص صحيح

التاريخ إلا بالنظر إلى المصالحين ، ولا يحد صحيح التاريخ بالنظر إلى الغير إلا من يوم إنصافه لعملية التسجيل أو من يوم إثباته في سند رسمي أو من يوم وفاة أحد الموقفين أو من يوم إدراج خلاصته في سند رسمي - إن أحكام هذه المادة لا تشمل المواد التجارية ، فالعقود التجارية والمعاملات والمستندات المكتوبة لأمر والتداول ( الشكاك ) تمتد من المواد التجارية عند تطبيق الفقرة السابقة وإن تكن موقوفة أو مظهرة من غير التجار لسبب مدني ، وكذلك السندات ذات التوقيع الخاص الخاصة بمسليات تسليم عليها للتاجر إما على المكشوف أو مقابل رهن أية كانت صفة المقرض .

التفتين المدني للمملكة المتحدة للبيبة المضافة م ٢٨٢ (مطابقة لنص التفتين المصري الجديد) .

ويبين من استعراض هذه النصوص الفرق في الأحكام . في هذه المادة ما بين التفتينات المدنية العربية المختلفة ، وقد أحسن القانون السوري والبناني صفاً في النص صراحة على إخراج الأوراق والعقود التجارية من أحكام هذه المادة .

في التقنين ثلثي القرنى المادة ١٣٢٨ (١).

### ١١٨ - (ثانياً) مع هو المقصود «بالغير» في تاريخ الورقة العرفية:

ليس «الغير» بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية هو نفس «الغير» بالنسبة إلى حجية البيانات الأخرى الواردة في هذه الورقة . فقد رأينا أن الغير في الحالة الثانية هو بوجه عام الخلف العام والخلف الخاص والذات ، أى كل شخص يجوز أن يسرى في حقه التصرف القانوني الذي تشهد به الورقة العرفية ومن ثم يجوز أن يفتح عليه بها . أما الغير بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية فهو شخص من ذلك . ويجب أن نستخدم تحديد مطلقته من الوضع الذي هو فيه .

وبمن قبل أن نحدد هذا «الغير» أن نحدد أولاً من لا يعتبر «غيراً» ، ثم نطلق بعد ذلك إلى تحديد «الغير» .

### ١١٩ - مع «يعتبر» «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية :

لا يعتبر «غيراً» ، فيفتح عليه بتاريخ الورقة العرفية وذلك إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ ، كل من كان ممثلاً في التصرف الذي تشهد به الورقة . ومن ثم لا يعتبر «غيراً» :

(١) الطرفان في الورقة العرفية ، فهذان يكون التاريخ العرفي للورقة حجة عليهما . فإذا كان أحدهما قاصراً أو مجبوراً عليه ، واتفق الطرفان على تأخير التاريخ حتى لا يتكشف أن التصرف قد صدر وقت القصر ، أو على تقديمه حتى لا يتكشف أن التصرف قد صدر وقت الحجر ، كان التاريخ المؤخر أو المقدم حجة عليهما ، إلا أن يثبت ذو المصلحة منهما أن التاريخ غير صحيح . ولما كان

---

(١) ونسب المادة ١٣٢٨ من التقنين المدني الفرنسي على ما يأتي : «السنات العرفية لا يكون لها تاريخ ثابت يفتح به على الغير إلا من يوم تسجيلها ، أو من يوم وفاة من وقعها أو وفاة أحد من وقعها ، أو من يوم أن أدرج مفسرتها في أوراق رسمية محررها موظفون مدونون وذلك كحاضر وضع الاعتراف أو محضر الجرح » .

(Les actes sous seing privé n'ont de date certaine contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de décès ou d'interdiction).

تأخير التاريخ أو تقديمه قد وقع هنا نهياً من أحكام القانون ، فانه يجوز إثبات ذلك بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن <sup>(١)</sup>.

(٢) الأصل إذا كان أحد أطراف الورقة العرفية هو نائبه ، سواء كانت النيابة اتفاقية كالوكيل أو قضائية كالحارس القضائي أو قانونية كالولي والوصي والقيم . فتاريخ الورقة العرفية التي يوقعها النائب يكون حجة على الأصل ولو لم يكن تاريخاً ثابتاً ، إلا إذا أثبت الأصل عدم صحة التاريخ وأنه قدم مثلاً حتى لا ينكشف أن التصرف صدر في وقت كانت النيابة فيه قد انقضت ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن بسبب ما انطوى عليه تقديم التاريخ من النشر . وهو لا يصح - أ - لأنه كان ممثلاً في التصرف الذي أبرمه النائب لحسابه ، فيكون التاريخ العرفي لما التصرف حجة عليه إلى أن يثبت أنه غير صحيح <sup>(٣)</sup>.

(١) ديمولوب ٢٩ فقرة ٥١٢ - فقرة ٥١٣ - لوران ٥ فقرة ٢٢٠ - فقرة ٢٢٢ و ١٩ فقرة ٢٩٦ - بودري وبارد ٤ فقرة ٢٢٤٩ - فقرة ٢٣٥٠ - الأستاذ سليمان مرقس في مقاله في قوة المهرات العرفية في الإثبات - مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٩٦ - محكمة استئناف مصر في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المصادفة ٩ رقم ٤٧ ص ٧٠ - ٧٧ يوليو سنة ١٩٢٨ المصادفة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢ (يجوز التمسك على المحجور عليه ، كما يجوز للمحجور عليه نفسه إذا زعمت عنه أسباب المحجر ، أن يظن في صحة التواريخ الموضوعة على العقود العرفية التي لم يكن لها تاريخ ثابت سابق على المحجر ، إلا أن صحتها الإثبات في جميع ذلك يقع على حائق القيم أو المحجور عليه ، فلها إقامة الدليل بكافة الطرق القانونية بما فيها البيئة والقرائن على وقوع الغش في المهرات المشار إليها بتقديم أو تأخير التواريخ الموضوعة عليها) .

كذلك التاريخ العرفي لها الصلة تمت ما بين شخص قد بلغ سن الرشد وصيه يكون حجة على الأول ، إلى أن يثبت عدم صحة التاريخ وأنه آخر حتى لا يقع في مدة سابقة على الفصل نهائياً في الحساب وفقاً لقاعدة ٣٥ من قانون المحاكم الحسية .

انظر مثلاً آخر لورده بودري وبارد لشخص رتب لإيراداً لشخص آخر مدى حياة شخص ثالث ، بورقة تاريخها غير ثابت يسقط موت الشخص الثالث بأكثر من عشرين يوماً ، فيكون هذا التاريخ حجة على الدائن بالإيراد إلى أن يثبت أنه قدم ليسكون سابقاً على الموت بهذه اللغة تطبيقاً لأحكام المادة ١٩٧٥ من القانون المدني الفرنسي (بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٥٠ - ص ٨٠) .

(٢) ديمولوب ٢٩ فقرة ٢١٦ - لوران ١٩ فقرة ٣٠٩ - بودري وبارد ١٢ فقرة ٢٢٢ - بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٥١ - بلايول وريير ويابولد ٧ ص ١٤٨٢ - بيدان ورو ٩ =

(٣) الوارث وكل خلف عام كالموصى له حصّة من التركة . ذلك أن الخلف العام يعتبر ممثلاً في جميع العقود التي يبرمها السلف ، ففسرى في حقه هذه التصرفات أياً كان تاريخها إلى يوم موت المورث . وما دام أنه كان ممثلاً في التصرف ، فلا يعتبر « عبثاً » بالنسبة إلى تاريخه . فالبيع المدون في ورقة عرفية الصادر من المورث يكون حجة في تاريخه العرفي على الوارث كما هو حجة على المورث ، ومن ثم لا تعتبر العين المبيعة جزءاً من التركة يمتد إليها حق الوارث<sup>(١)</sup> . وإذا باع شخص داراً بورقة عرفية غير ثابتة التاريخ ، وكان مجبوراً عليه للسلف ولكن تاريخ الورقة سابق على تسجيل قرار الحجر ، فإن هذا التاريخ يكون حجة على السفيه وعلى ورثته جميعاً ، ولا يستطيع أحد منهم أن ينقض هذه الحجة إلا إذا أثبت أن التاريخ قد قدم عمداً حتى يصور البيع واقعاً في وقت لم يكن فيه البائع مجبوراً عليه ، وأن التاريخ الحقيقي كان بعد تسجيل قرار الحجر (م ١١٤ - ١١٥ مدني) . ولما كان تقديم التاريخ في هذه الحالة يعتبر غشاً ، فيجوز للوارث إثبات عدم صحته بجميع الطرق<sup>(٢)</sup> .

== لفظة ١٢٢١ م ٢٠٠ - م ٢٠١ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٩٦ - استئناف غلط ٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٥ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٢١ ص ٦٨ - ٢١ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٤٥٢ - ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١ - ٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٦٥ .

(١) نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجلة لقانون والاقتصاد ١١-٢٣-٢٢ .

(٢) وقد قلقت محكمة استئناف مصر بأن التاريخ المرفق لسته المرفق عليه من المورث حجة على ورثته ، ما لم يطنوا في صحة التاريخ بمصوله غشاً سهواً أو عمداً أو ما لم يطنوا بزيوره ( ١٠ أبريل سنة ١٩٢٨ الحامدة ٨ رقم ٥٤٧ ص ١٠٧ ) . وقلقت هذه المحكمة أيضاً بأنه وإن كان لوارث المصالح مصلحة التصرف أن يمسك في وجه باقي الورثة بالتاريخ العرفي للقروض المورث ، إلا أن لزلاء الورثة الحق في أن يظهروا بكافة الطرق القانونية ومنها قرائن الأحوال أن هذا التاريخ لا يتفق مع الحقيقة وأنه وضع بقصد الإيهام بليل مسدود للتصرف في وقت مبكر من المشتبهات ( ١٤ يناير سنة ١٩٣٤ الحامدة ١٥ رقم ٢/٢٦٠ ص ٥٥٠ ) . وقلقت محكمة النقض بأن الموصى له بحصة في التركة لا يعتبر « عبثاً » في معنى المادة ٢٢٨ ( ٢٩٥ جهدي ) إذا هو ادعى أن القصد المصالح من الموصى إنما صدر بعد طلب الحجر عليه وبأن تاريخه سابق للحقيقة ، إذ هو خلف عام يدعي ما كان يملكه سلفه مثلاً في شخص القيم عليه أن يدعي . ولكن لما كان هذا الادعاء ادعاءً بدعي واستحال على القنانون ، كان إثباته بأي طريق من طرق الإثبات جائزاً له بجرازه لسلفه ، وكان عليه عبء الإثبات لأنه مدعي والهيئة على من ادعى ، فإن هو لم يثبت

والوارث لا يعتبر « غيراً » بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية كما قدمنا، يستوى في ذلك أن يدفع البيع الصادر من مورثه بمقولة إنه صدر بعد تسجيل قرار الحجر لنفسه ، أو بمقولة أنه صدر من المورث وهو في مرض الموت . في الحالتين معاً يكون التاريخ غير الثابت حجة عليه . وفي الحالتين معاً يستطيع أن يثبت عدم صحة التاريخ بجميع طرق الإثبات ، ما دام أن هذا التاريخ قد قدم غشاً لإخفاء أن البيع إنما صدر بعد تسجيل قرار الحجر أو صدر في مرض الموت . ولا يتعدى في صدد حجية التاريخ - بأن الوارث في حالة الحجر إنما يهاجم البيع باعتباره خلعاً لمورثه فيستمد منه هذا الحق كما لو كان المورث هو الذي يهاجم البيع ، وهو في حالة مرض الموت إنما يهاجم البيع بمقتضى حق له خاص ( droit propre ) استمده من القانون ضد المشتري والمورث جميعاً . لا يتعدى بهذا الفرق ، قلنا ، في صدد حجية التاريخ ، وإنما يتعدى به في صدد سريان البيع . فإذا أثبت الوارث أن البيع قد صدر بعد تسجيل قرار الحجر ، جاز له ، باسم مورثه ، أن يطلب إبطال البيع لنفسه . أما إذا أثبت أن البيع قد صدر في مرض الموت ، جاز له ، باسمه هو لا باسم مورثه ، أن يطلب عدم سريان البيع في نفسه فيما زاد على ثلث التركة . وهذا بخلاف حجية التاريخ ، فيستوى فيها أن يهاجم الوارث التصرف الصادر من مورثه المجهور بمقتضى حق استمده منه وخلفه عليه ، أو يهاجم التصرف الصادر من مورثه وهو في مرض الموت بمقتضى حق شخصي استمده من القانون . ففي الحالتين توافرت له المصلحة في مهاجمة التصرف . وإذا كانت هذه المصلحة قد استمدتها من مورثه في الحالة الأولى ومن شخصه في الحالة الثانية ، فإن هذا لا يمنع من أنه ليس « غيراً » في الحالتين ، فيحتج عليه فيما معاً بالتاريخ العرفي للتصرف الصادر من مورثه

== سقطت حجية التاريخ العرفي للعقد، وإن لم يثبت بقيت هذه الحجة (نفس مدني ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مسجلة عر ٥ رقم ٢٤٨ ص ٥٠٧) . هذا ويلاحظ أن الموصي له حصص من التركة إذا لم يسقط إثبات التاريخ الحقيقي ، قللت حجية التاريخ العرفي في بقية ، يسقط - مع التسليم بأن التصرف صدر قبل تسجيل قرار الحجر ، أن يتسلك بالمادة ١١٥ فقرة ٢ مدني ليهت أن التصرف كان نتيجة استغلال أو تواطؤ (وفي حالة الحجر الجنون أو لهته يتسلك بالمادة ١١٤ فقرة ٢) فيثبت أن حالة الجنون أو لهته كانت دائمة وقت العقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها ) . انظر أيضاً برودي وبوردو ، فقرة ٢٣٥٢ - فقرة ٢٢٥٤ - أوبري زودو ١٢ فقرة ٢٥٦ ص ٣٢٥ - ص ٢٢٦ وطش رقم ١٠٦ .

لأنه أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح (١).

والذي أوقع اللبس في هذه المسألة هو الخلط ما بين «الغبرة» في سريان التصرف «والغبرة» في ثبوت التاريخ. فالوارث، في تصرفات مورثه العاصدة في مرض الموت، يعتبر «غيراً» من ناحية سريان هذه التصرفات في حقه، فهي لا تسمى عليه فيما يجاوز لثالث التركة. ولا يعتبر «غيراً» من ناحية ثبوت التاريخ،

(١) وما نقرره فمذهبه المعألة يخالف ما ذهب إلى إردناه في الموجز (نظر ٦٢٨٤ ص ١٦٩)، ويخالف ما أجمع عليه القلة في مصر من أن الوارث يعتبر «غيراً» في التصرفات العاصدة من مورثه في مرض الموت: انظر الأستاذ محمد كامل مرسى في تصرفات المريض مرض الموت لفرقة ٢٣ ص ٢٩٧ - الأستاذ حنى بيجت بدوى في أصول الالتزامات لفرقة ٢٠٠ ص ٢٩٩ - الأستاذ شفيق لسان في الالتزامات (بالفرنسية) ص ١٠٩ - الأستاذ محمد حل فرقة في حجية المهرات لفرقية مجلة القانون والاقتصاد ١٠ ص ١٦٤ - الأستاذ أسعد ففأت في الإلزام ١ لفرقة ٢١٩ ص ٢٢١ (وهو يعتبر الوارث من الغير ولكن يلقى عليه حصة إليات التاريخ الصحيح) ، وفي هذا القول يتفق جميع إله أن الوارث من أن عليه حصة إليات التاريخ الصحيح لقد صار التاريخ المسمى حصة عليه إله أن يجمع عدم صحة ، وهذا منه أنه لا يعتبر «غيراً» بالنسبة إله هذا التاريخ المسمى).

وهه أخط القلة للمصري يحصل من هذا الرأي الخاطي. الذي يذهب إله اعتبار الوارث من الغير في التصرفات العاصدة من مورثه في مرض الموت. ويرجع الفضل في هذا الحصول إله الأستاذ سليمان مرسى، كلفته ألفت كوطافه القيم: «قوة المهرات الفرعية في الإلزام وحجية تاريخها على الوارث الذي يملن فيها بمسودها في مرض الموت: مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨٧ - (٢٠٤) ، خطا الرأي الشائع في القلة المصري ، ثم خلص من ذلك إله تطبيقه لما لهذا الرأي الخاطي من أثر على ص. ، فقال: «إن الأخذ بهذه النظرية (النظرية التي تعتبر الوارث في تصرفات المريض مرض الموت من الغير) يترتب عليه أن كل شخص يموت مريض كان يلقى منه حلاكه - وهذا هو الغالب في الموت - ولو لم يمل هذا المرض قبل أيام قليلة ، لا يمكن الاحتجاج على وراثته بتاريخ المهرات الفرعية التي صدرت منه طوال حياته إلا إذا كان هذا التاريخ تام، بوجه رسمي. ومعنى ذلك أنه يضمن على كل من يتصلح مع آخر بورقة عريفة أن يسجل تاريخها في الحال ، عريفة أن يمرض المتصلح منه قبل موته مباشرة ، ولو بعد عر لحول ، فيصدر احتجاج على وراثته بتاريخ هذه الورقة. وبصير آخر أن القول بأن وراثت المريض مرض الموت يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المهرات العاصدة من المورث يحمل من الطبيعة القسرية تسجيل التاريخ ضرورة لازمة في كافة المهرات الفرعية وفي جميع الأحوال. فيصبح شرط تسجيل التاريخ لازماً عليه ، خلافاً لما قصد المفسرون من حجية استثنائية. ولا يتفق ما يطرح عليه هذا المصمم من إله حال المتصلحين ومن عريفة المسانحة (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٩٩ - ص ٣٠٠) . انظر أيضاً الأستاذ سليمان مرسى في أصول الإلزام ص ٩٧ ملحق رقم ١.

ليصحح عليه بالتاريخ الفرق لتصرف الصادر من مورثه إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح<sup>(١)</sup>.

أما القضاء المصري في هذه المسألة فهو متردد مضطرب . بدأ يأخذ بالرأى الصحيح . ثم رجع عنه إلى الرأى الخاطئ . ثم وقف بين الرأيين : فهو من الناحية العملية على مدى من أمره إذ يجعل تاريخ التصرف الصادر في مرض الموت حجة على المورث إلى أن يثبت عدم صحته ، وهو من الناحية التقنية يبدو أنه غلط - ولا يزال غلط - بين « القليلة » في سريان التصرف و « القليلة » في ثبوت التاريخ<sup>(٢)</sup>.

وهو سار الدكتور عبد المنعم فرج الصدة في كتابه الإثبات ( ص ١٢٩ - ص ١٤٢ ) على هذا الرأى الصحيح ، وعنه يأتى في هذه المسألة بالمعيار الآتية : « يختص من هذا أن القرارات يصدر بحسب الأصل علناً علماً لمورثه ، يسرى في حقه ما كان سارياً في حق مورثه . ولكن القرار جعل حق القرارات مطلقاً بالتركة من وقت مرض الموت . فطوله حتى يثبت في تصرفاته مورثه أثناء هذا المرض . وجعلنا يصحح القرارات من الغير بالنسبة لهذه الفترة التصرفات ، فلا تظن في حقه إلا بالقدر الذي تظن به الرعية . ولكن لا يصح من الغير بالمثل المقتضى في المادة ٢٩٥ مدني ، ليكون تاريخ التصرف الفرق حجة عليه بوصفه علناً علماً ، إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ . ولما كان الفرع من تغيير التاريخ في هذه الحالة هو القس والاحتيال على القائلون ، فإنه يجوز لقرارات أن يثبت هذا الاحتيال بجميع الطرق القانونية » ( الإثبات ص ١٤٢ ) .

(١) وسنرى أن هذا يصدق أيضاً على الدعوى القبولية . فالدائن ، في طعنه بالدعوى القبولية على التصرف الصادر من المدين ، يعتبر « غيراً » من ناحية سريان هذا التصرف في حقه ، فلا يسرى عليه . ولا يعتبر « غيراً » من ناحية ثبوت التاريخ ، فيصحح عليه بالتاريخ الفرق لتصرف الصادر من المدين إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح . ويثبت من ذلك أن القرارات ، بالنسبة إلى التصرفات الصادرة في مرض الموت ، والدائن ، بالنسبة إلى الدعوى القبولية ، إنما يعتبران من الغير في خصوص سريان أثر القلة لاقى محصور ثبوت التاريخ .

(٢) نقول إن القضاء المصري في هذه المسألة مر بمراحل ثلاث :  
في المرحلة الأولى كان يأخذ بالرأى الصحيح ، ويقول أن القرارات في تصرفات مورثه في مرض الموت لا يعتبر من « القليلة » من حيث تاريخ التصرف ، فيصحح عليه بهذا التاريخ إلى أن يثبت عدم صحته . فظفت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن التاريخ الفرق لتصرف صدر من المورث في مرض الموت يجعل وورثه لأهم يطول ( ٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ المحالة ١٩٥ ص ٨٤٧ ) - وظفت محكمة استئناف مصر بأن التاريخ الفرق لقطع الصادر من المورث في مرض مورثه حجة على القرارات بالمعيار مطلقاً حقه من المورث ( ١٩ مارس سنة ١٩٢٢ المحالة ٢ ) .

وتأثر التفتين المصري الجديد بهذا القضاء في مرحلته الأخيرة . فنصت الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ على ما يأتي : « وعلى وريثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولم يثبت ذلك بجميع

» رقم ٥ ص ١٥ ) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن الوارث يختلف المودث في كل ماله وما عليه بالنسبة إلى الحق المودوث ، وبأن السند العرفي الصادر من المودث في مرض الموت حجة على الوارث ، وبأن الوارث ما كان لمودثه وعليه ما عليه فلو ارث العطن في تاريخ هذا السند باعتباره أنه وضع خطأ بطريق الصد أو السر ، فإذا لم يظن وجب الأخذ بالتاريخ العرفي ( ١٠ أبريل سنة ١٩٢٨ الحاماة ٨ رقم ٤٥٧ ص ٩٠٧ ) .

وفي المرحلة الثانية وجع من هذا الرأي التصحيح إلى الرأي الخاطئ . الذي ساد بعد ذلك في الفقه المصري . وكان الحكم الصادر من محكمة استئناف مصر في دوائرها المخصصة هو المؤذن بهذا التحول ، مع أن هذا الحكم لا يبرهن « القبرية » من ناحية ثبوت التاريخ بل يبرهن لها من ناحية سريان التصرف . فقد فصل في مسألة اختصاص القضاء الشرعي أو القضاء الوطني حقه العطن في الوقت بوقته في مرض الموت ، فجاء في أسباب حكمه ما يأتي : « ... أن الوقت (في مرض الموت) في ذاته صحيح ، وأن الوقائع أصل التصرف بالتبرع وغيره . ولكن لأمر خارج عنه وعن ذاتية طهه وتب الشارع . ثم القانون حكماً لتفاد الوقت أراد به صيانة حق الوارث ، لا بصفته وارثاً بل بموته في كل حقوقه وصحوده ، بل بصفته أجنبياً (tiers) تعلقت له في ذمة الوارث حقوق ، تأت في ذلك شأن الدائن الذي من القانون لحمايته دعوى إبطال التصرفات من وقت أو بيع أو غير ذلك ... » . (استئناف مصر للدوائر المخصصة في ٥ أبريل سنة ١٩٢٨ الحاماة ٨ رقم ٤٦٠ ص ٧٥٥) . وظاهر أن الحكم متنعماً مرض الوارث الوقايف في مرض الموت بصفته أجنبياً (tiers) إذا يصدت عنه في مرض لتفاد الوقت في حقه لا في مرض ثبوت التاريخ . ومع ذلك نوهت بعض المحاكم أن الدوائر المخصصة لمحكمة الاستئناف تحت أن يكون الوارث «غيراً» حتى في التاريخ التصرف الصادر من المودث في مرض موته . فقضت محكمة استئناف مصر بأن التاريخ العرفي التصرف المطعون فيه لا عبء به مطلقاً بعد أن صدر حكم الدوائر المخصصة بتاريخ ٥ أبريل سنة ١٩٢٨ الذي قطع بأن الوارث الذي يظن أنه سائر الورثة بمرض الموت يعتبر أجنبياً تعلقت له في ذمة المودث حقوق (٢٧ مايو سنة ١٩٢٩ الحاماة ٩ رقم ٥٢٧ ص ٩٧٦) . وكان قد صدر قبل ذلك ، بل وقبل حكم الدوائر المخصصة ، حكم من محكمة مصر الكلية الوطنية في هذا المعنى الخاطئ ، يقتضي بأن الوارث الذي يظن القانون حق العطن في تصرفات مودثه بمرض الموت يكتب بذلك من جانب المشرح نفسه حقاً شرعياً يحصله ينتقل من طبقة الخلف إلى طبقة الدبر ، فلا يصح عليه إلا بالأوراق ثابتة التاريخ (٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ الحاماة ٩ رقم ٥٣٩ ص ٩٩٦) . وقررت الأحكام ، بعد صدور حكم الدوائر المخصصة ، بحل الوارث «غيراً» في التاريخ العرفي لتصرفت مودثه الصادرة في مرض الموت ، فلا يكون هذا التاريخ حجة عليهم ، ولا يكتفون بإثبات عدم صحة . ولا يصح عليهم إلا بالتاريخ الثابت : استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ الحاماة ١٠ رقم ٣٤٥ ص ٦٨٢ - ١٤ يولية سنة ١٩٣٦ الحاماة ١٧ رقم ١٩٨ ص ٤١٥ - محكمة الاستئناف الكلية الوطنية ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ الحاماة ١٠ رقم ٢٨٣ ص ٥٩٨ - -



**الطرق . ولا يجمع على التوراة بطريق الستة إذا لم يكن هذا الطريق ثابتاً .  
تأصل أن التوراة يجمع عليه بطريق التصرف الصادر من موده ، ولو لم**

== بحكمة الجزية الجزية ٢٢ مبرسة ١٩٣٩ المجلد ٢٠ رقم ٢٢٩ ص ٢٨٦ . وقد اجمع بعض  
هذه الأحكام بأن التوراة ذا النصب المفسون (deklarator observantia) في القانون الفرنسي  
يعبر « غيراً » في التاريخ القوي لجهات التي تصدر من موده ، ولكن لتصبح أن التوراة  
لا شأن له في ذلك ، والموعود لم يها بهم هم الذين يعتبرون من « الغير » .

وفي المرحلة الثالثة — وهي المرحلة الحالية — وقف القضاء المصري موقفاً صحيحاً من  
القضية السلية ، ولكن غير واضح من القناعة القضائية . وقد بدأت محكمة استئناف مصر طحا  
الموقف بأن قضت بأن التوراة يعتبر في حكم الغير بالنسبة إلى جميع التصرفات الصادرة من  
المورث إصراراً بمقتضى المكتبة بحكم القانون — وطحا صحيح ، ومنه أن التوراة يعتبر  
« غيراً » من حيث سريان هذه التصرفات لا من حيث عدم الاحتياج بالتاريخ القوي . ولكن  
الحكمة بنت حل ما قضت أن التوراة لا يصح ، والحالة هذه ، أن يجمع عليه بالتاريخ القوي  
الموضوع على التصرفات الصادرة من المورث إصراراً بحقه — وطحا خطأ ، لأن التوراة  
لا يعتبر « غيراً » من حيث التاريخ ، فيصح عليه إذن بالتاريخ القوي . ثم قضت المحكمة بأن التوراة  
التي أن يثبت بكافة الطرق وسبباً قرائن الأحوال أن التاريخ لا ينفك مع الحقيقة وأن وضع بقصد  
الإمام بسدور التصرف في وقت بعيد من القبلات — وطحا خطأ آخر من وجهة نظر الحقيقة ، لأن

التوراة ما دام لم اعتبر « غيراً » في تاريخ التصرف فلا يصح الاحتياج عليه بالتاريخ القوي ولا يبرز  
تكميله لإثبات عدم صحة هذا التاريخ إذ هو لا يجمع عليه إلا بالتاريخ الثابت . ولكن الصلة  
أرادت أن يكون هذا الخطأ الخاطئ قد مسح خطأ الأول من القضية السلية ، فصار التاريخ القوي  
يجمع به على التوراة ثم أجاز التوراة أن يثبت عدم صحته . وكان الواجب حينئذ أن يعتبر  
التوراة من القضية السلية خطأ لا « غيراً » من حيث التاريخ القوي ، ولكن المحكمة سمح مع ذلك  
« غيراً » وإن كانت قد استلقت له خصائص الخلف ( انظر محكمة استئناف مصر ١٤ يناير  
سنة ١٩٣٨ المجلد ١٥ رقم ٢٩٠ ص ٥٥٠ ) . وعلى هذه التولية — وطحا التكييف القضائي  
الخاطئ — توالت الأحكام بهذا . فقضت محكمة استئناف مصر مرة أخرى بأن « الأصل أن

التوراة يعتبر خطأ لموده ، وعلى ذلك تكون المهررات الشرعية الصادرة من المورث حجة عليه .  
إلا أن هناك حالات يكون التوراة فيها من الغير بالنسبة للتصرفات الصادرة من موده . في هذه  
الحالات ، لأجل أن يسطيه التوراة — باعتبارها — بالقرينة الواردة في المادة ٢٢٨ مدني  
( ٣٩٥ جديد ) التي تمنع الاحتياج بالمهررات غير الرسمية على غير المتعاقدين إلا إذا كان تاريخها  
ثابتاً ثبوتاً رسمياً ، يجب عليه أن يثبت أنه من الأفياد الذين عول لم يقتضوا التمسك بهذه  
القرينة ، لا أن يقرض نفسه فرضاً في مركز الغير ويملك هذه القرينة بغير إثبات ما يدعيه .  
لذا فمن ردة في ست صادر من مودتهم تزوجه امتداداً حل أن الست تحرر في مرض الموت ،  
صم في هذا الوضع وإن كانوا يعتبرون من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من مودتهم في مرض  
موته ، إلا أنهم في طعنهم طحا يكونون في مركز المدعين ، ومن ثم فقد وجب عليهم أن يثبتوا أن  
التصرف المخطون فيه قد وقع فعلاً في مرض الموت » ( ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٦ المبررة الرسمية ٣٧ =  
( م ١٨ الوسيط — ج ٢ )

يكن هذا التاريخ ثابتاً . ولكن إذا ادعى أن التصرف قد صدر من مورثه وهو في مرض الموت ، كانت له مصلحة في إثبات عدم صحة التاريخ وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، ومنها البيعة والقرآن ، لما ينطوي عليه تقديم تاريخ التصرف

ص ٦٩ . ولم تقبل محكمة النقض إلا أن جارت هذا الاتجاه ، خلافاً لما ظنه الأستاذ سليمان مرقس ( مقالته في قوة المحررات العرفية في الإثبات المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٠٢ - ص ٣٠٤ وكتابه في أصول الإثبات ص ٩٧ حاشي رقم ١ ) . فقضت بأن الوارث يعتبر في حكم الغير فيما يخص بالتصرفات الصادرة من مورثه في مرض الموت إضراراً بحقه المستند من القانون - ونبادر إلى القول بأن هذه « غيرية » من حيث نفاذ التصرف ، ولكن محكمة النقض بنت عليها « غيرية » من حيث حجية التاريخ ، فتثبت حل ما قلعت بأن الوارث أن يعلن حل هذا التصرف ، وأن يثبت مطامع جميع طرق الإثبات ، وإذا لم يكن التاريخ المدون بالتصرف ثابتاً رسمياً فإن له مع تحكك الوارث الذي صدر لمصلحته هذا التصرف بتاريخه العرفي ، أن يثبت حقيقة هذا التاريخ بجميع طرق الإثبات أيضاً ( نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٧١ ص ٨٧٩ ) . ولم يتحرر هذا الموقف كثيراً في الأحكام التالية . فقد جاءت محكمة النقض تقول : وإن الوارث لا يعتبر في حكم الغير فيما يخص بالتصرف الصادر من مورثه إلا إذا كان هذا التصرف واقعاً في مرض الموت إضراراً بحقه الشرعي في الميراث ، فإذا كان التاريخ المدون بالتصرف غير ثابت رسمياً وكان سابقاً حل به هذا المرض ، فإن كل ما لوارث هو أن يثبت بجميع الطرق أن التاريخ غير صحيح وأن إبرام الملقه إنما كان في مرض الموت ( نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٢٢٧ ص ٦٦١ ) . والواقع أن محكمة النقض لا تزال في موقف غير واضح من الناحية الفقهية . وهي ، وإن كانت من الناحية العملية قد عالجت الموقف بما عالجت محكمة استئناف مصر فبطلت التاريخ العرفي حجة على الوارث وأجازت له أن يثبت بجميع طرق الإثبات عدم صحته ، لم تبسله مع ذلك خلفاً من حيث التاريخ العرفي . ومنها من الصريح بهذا الأمر في وضوح ما لمحت من الشبهة . فذلك أن القرارات « غيرية » من حيث سريان التصرف ، فهل يستقيم ذلك أن يكون « غيراً » من حيث حجية التاريخ العرفي؟ وهل معنى « غيرية » هنا يقتصر على أن التاريخ العرفي يكون حجة عليه إلا إذا تولى إثبات عدم صحته ؟ لا يبدو من أحكام محكمة النقض أنها تجيب على طين السؤالين بالنفي إجابة صريحة ، وكان هذا هو الواجب : انظر محكمة النقض ١٢ فبراير سنة ١٩٤١ بصيغة ٣ رقم ١٠١ ص ٢٢٢ - وقرار ١٥ أبريل سنة ١٩٤٢ بمجموعة ٤ رقم ٤٩ ص ١٣٢ - وانظر ٣٠ فبراير سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ٥٠٤ ص ١١٠٦ . ولذلك لم يدمشنا - كما أدمش الأستاذ سليمان مرقس وهو يعتقد كما قلنا أن محكمة النقض تأخذ بالرأي الصحيح الذي يقول به - أن نعود المحكمة فنقرر أن الوارث لا يعتبر في حكم الغير إلا إذا كان طعنه على التصرف الصادر من مورثه هو أنه ، وإن كان في ظاهره « مبنيّاً » ، إلا أنه يخفى في حقيقته وصية إضراراً بحقه في الميراث ، أو أنه سعى في مرض الموت فيعتبر إذ ذاك في حكم القرصية ، لأنه في حاتين الصورتين يستند الوارث حقه من القسانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التي تنص من النظام العام ( نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ -

من غش أريد به الإعلان بحقه الشخص في الميراث . إلى هنا ونص القنين  
بالمديد مستقيم . لكن تأتي بعد ذلك العبارة الأخيرة : « ولا يمنع على الورثة  
بتاريخ الستة إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً »<sup>(١)</sup> . وهي عبارة غير صحيحة على  
إطلاقها . إن أريد بها - كما هو ظاهر العبارة - إن التاريخ العرفي لا تصرف  
المصادر من المورث لا يمنع به على الورثة ، فهذا غير صحيح ، وقد رأينا أن  
هذا التاريخ يجب على المورث إلى أن يثبت عدم صحته . وإن أريد بها - كما  
هو التأويل المستخلص من سياق النص - أن التاريخ العرفي لا يمنع به على المورث  
إلى الحد الذي يمنعه من إثبات العكس بل يجوز له ما دام التاريخ غير ثابت أن

---

= المجلد ٣١ رقم ٢٨٥ ص ٩٨٤ ) . انظر في هذه المسألة خلال الأساط سليمان مرقس في  
عجلة القصاصون والاقتصاد السنة الرابعة عشرة ، وكما به في أصول الإثبات ص ٩٧ حاشي  
رقم ١ ، والأساط عبد اللطيف فرج الصلحة ص ١٣٩ - ص ١٤٢ .  
على أننا - إنصافاً لمحكمات العليا - نظل حكا واحداً لما يبدو أنها غلبت ثروت الرأى  
الصحيح في هذه المسألة . فقد قضت بأن المورث - بحكم كونه خلفاً عاماً لمورثه - لا يمكن  
أن يحد من « التاريخ » في سنة للمادة ٢٢٨ مدق ( ٢٩٥ جديد ) ، بل حكه - بالنسبة إلى  
المحدرات غير الرسمية التي يكون المورث طرفاً فيها - حكم مورثه . فتاريخها يكون - بحسب  
الأصل - حجة عليه ولو لم يكن ثابتاً ثبوتاً رسمياً ، سواء كانت صادرة إلى وراثت أو إلى  
غير وراثت . ولكن إذا ادعى المورث أن تصرف المورث كان غشاً واحيالا على القانون  
إعترافاً بحقه التاريخي في الميراث ، فطعن فيه بأنه صدر في مرض الموت وأن تاريخه غير صحيح ،  
فيجوز له أن يثبت بطلانه ، ويكون عليه صبه الإثبات إذ هو مدع والبينة على من ادعى ،  
ولذلك له كل طرق الإثبات إذ المضرورة بالنسب لم تكن له حيرة فيه فلا وجه للتضييق عليه في  
ثباته بمصره في طريق دون طريق . فلذا كانت المحكمة حين قضت بطلان البيع الصادر من  
المورث إلى بعض ورثته قد أسست ذلك على أن المصعين الذين يلمنون في العقد بصدره في مرض  
الموت ، ومادة البيع ، لا يجازون بتاريخ هذه البيع غير المسجل بزم أنهم من الغير ،  
وجعلت المحقق من قيام حالة مرض الموت متوقفاً بتاريخ الثابت ثبوتاً رسمياً دون التاريخ  
الأول ( العرفي ) ، غير آتية لطاع من صدر لهم العقد بعدم قيام حالة مرض الموت في ذلك  
التاريخ غير الثابت رسمياً ، فإن حكمها بذلك يكون مخالفاً للقانون ، إذ هذا التاريخ يكون  
حجة على هؤلاء الورثة إلى أن يهزم عدم صحته ( نفس مدق ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة  
عر ٥ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٨ ) . ولكن لا نناس من الإشارة إلى أن هذا الحكم القيم سبته  
وقد الأحكام التي قبلنا ذكرها .

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للشرح التمهيد في خصوص هذه العبارة ما يأتي :  
« ولا يمنع عليهم بتاريخ التصرف إلا إذا كان ثابتاً لأنهم يصحون من الغير بالنسبة له » ( مجموعة  
الأحكام القضائية ٩ ص ٢٩٨ ) .

يقم التليل على عدم صحة ، فهذا صحيح ، ولكن فم الحاجة إلى إبراد هذا الحكم البديهي ، فن المسلم أن كل شخص يكون التاريخ العرفي حجة عليه ، ولو كان هو المتناقد نفسه ، يستطيع أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ (١).

(٤) الدائن العادي . فهو لا يعتبر خبيراً ، في تاريخ الورقة العرفية التي صدرت من مدينه ، ويكون هذا التاريخ حجة عليه . ذلك أنه لا يدعى حقاً خاصاً على مال بالذات لمدينه ، فليس له إلا حق الضمان العام على جميع أموال المدين . فكل تصرف يبرمه المدين في أمواله يسرى في حق الدائن العادي ، إذ ينقص التصرف من هذا الضمان العام أو يزيد فيه ، فيعتبر الدائن ممثلاً في التصرف ، ويكون التاريخ العرفي حجة عليه كما هو حجة على المدين . على أن الدائن العادي ، بوجه عام ، لا يمتنع تاريخ التصرف الصادر من مدينه ، فسواء صدر هذا التصرف قبل نشوء حقه أو بعد ذلك ، فالتصرف سار في حقه ، وينقص من ضمانه العام لو يزيد فيه حسب الأحوال . مثل ذلك أن يبيع المدين دلوأ يملكها ، فيخرج هذه الدار من ملكه انتقص من ضمان الدائن ، ويستوى في ذلك أن يكون البيع قد صدر قبل نشوء الدائن أو بعده ، ومن ثم كان التاريخ العرفي الذي تحمله ورقة البيع حجة على الدائن بقدر ما هي حجة على المدين . ويستطيع الدائن - كما يستطيع المدين - أن يثبت عدم صحة التاريخ العرفي إذا كانت له مصلحة في ذلك . وفي المثل السابق لا مصلحة له . وتكون له مصلحة لو أن المدين باع الدار وهو محجور عليه وقدم تاريخ البيع إلى وقت سابق على تسجيل قرار الحجر ، فهذا التاريخ العرفي حجة على الدائن كما هو حجة على المدين ، ويستطيع كل منهما - المدين بمقتضى حقه الأصل والدائن باستعمال حق مدينه إذا كان هناك عمل لذلك - أن يثبت تقديم التاريخ بجميع الطرق كما قلنا لإبطال البيع الذي صدر من المدين وهو محجور عليه (٢) .

(١) انظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٩٧ حاشي رقم ١ واهتمت به القسم فرج الصفة في الإثبات ص ١٤٢ - ص ١٤٣ .

(٢) والدائن العادي ، بالنسبة إلى دائن عادي آخر ، كل منهما ليس من الغير ، إذ لا تفاضل بينهما بالتاريخ ، والمتقدم لا يصيب المتأخر ، بل الاثنان سواسية في الرجوع على المدين . ولهذا دفع دائن عادي بأن حق دائن عادي آخر قد سقط بالتقدم بتاريخ الأوراق العرفية التي يتسلط بها الدائن العادي الآخر لرد هذا الدفع لا يشترط فيها أن تكون ثابتة بالتاريخ لتكون حجة على الدائن العادي الأول ، لأن هذا ليس من الغير ( يبدان وبرد ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٢٠١ ) .

ونرى من ذلك أن الدائن العادى قد يعينه التاريخ الذى صدر فيه تصرف مدنيته ، ولكن لا يكون غيراً مادام الدين قد مظه في هذا التصرف ، بل لأن له مصلحة تحول له ، مع بقاء التاريخ العرفى حجة عليه ، أن يثبت عدم صحته . ويحقق ذلك في دعويين : الدعوى غير المباشرة والدعوى البوصية .

أما في الدعوى غير المباشرة فالدائن يطالب بحق لمدينه المعسر ، تعتمد هنا المدين عدم المطالبة به إضراراً بدائته ، أو في القليل أهل في المطالبة غير مبال بما يترتب على هذا الإهمال من مساس بالضمائم العام الذى لدائته على أمواله . هنا يتقدم الدائن ، نائباً عن المدين والتبابة أضفيت عليه بحكم القانون ، لمطالبة مدين مدنيته بهذا الحق . فهو يعمل بمقتضى ماله من ضمان عام على أموال مدنيته ، ولا يزال باقياً في هذه المرحلة الشهيدية لم يجتزها إلى مرحلة التنفيذ ، ومن ثم لا يكون الدائن في هذه الحالة « غيراً » بالنسبة إلى تاريخ الأوراق العرفية الصادرة من مدنيته إلى مدين المدين . فإذا تقدم مدين المدين ، في الدعوى غير المباشرة ، بورقة عرفية صادرة من المدين تفيد إبراءه من الدين مثلاً ، كان التاريخ العرفى لهذه الورقة حجة على الدائن كما هو حجة على المدين . فالدائن ليس « غيراً » بالنسبة إلى تاريخ هذه الورقة ، ولا يشترط أن يكون هذا التاريخ ثابتاً ليكون حجة عليه ، وذلك لسببين : أولهما أن الدائن إنما يعمل نائباً عن المدين ، فما يحتاج به على المدين يحتاج به على الدائن . والسبب الثاني أن الدائن في الدعوى غير المباشرة لم يفعل غير أن يحافظ على ضمانه العام ، فهو لم ينتقل كما قلنا إلى مرحلة التنفيذ كما هو شأن الدائن الحاجز الذى انتقل بالحجز إلى هذه المرحلة ، فإذا سلم أن الدائن الحاجز يصبح بالحجز « غيراً » كما سنرى ، فإن ذلك لا يستتبع أن يكون الدائن الذى يباشر الدعوى غير المباشرة من « الغير »<sup>(١)</sup> . على أنه يلاحظ أن الدائن إذا لم يكن

١- أما الدائن المرتب فهو من الغير بالنسبة إلى دائن مرتب آخر ، إلا إذا كان المتفاضل بينهما لا يثبت التاريخ كما في المنتقل ، بل بالقياس كما في الضمان ، فبعد ذلك تخرج من متعلق ثبوت التاريخ إلى متعلق تنفيذ كما سنرى ( انظر في هذه المسألة بوعدي وهارد ٤ فقرة ٢٣٦١ - بيدان وريو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٢٠٢ ) - بلاهول وريو وجاهول ٧ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٦ - ص ٩٢٧ . (١) انظر في أن الدائن لا يكون « غيراً » في الدعوى غير المباشرة لادوسير ١٣٢٨ ٢٦ فقرة ٣٥ - ديولوب ٢٩ فقرة ٥٤٢ - لوران ١٩ فقرة ٢٦٦ وفترة ٢٢٨ - ميه ٨ فقرة ٢٥٠ - بوعدي وهارد ٤ فقرة ٢٣٥٨ - بيدان وريو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠١ - ٣٠٢

وعرفه في الدعوى غير المباشرة ، وأنه يحجج عليه بالتاريخ العرفي الواردة للفتنة للأجراء الصادرة من منته ، إلا أنه يستطيع - كما يستطيع المدين - أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ وأنه قدم حتى يقع الإبراء في وقت سابق على رفع الدعوى غير المباشرة . وله في هذه الحالة أن يثبت تقديم التاريخ بجميع الطرق ومنها الفتنة والقرائن لما انطوى عليه من النفي . وعند ذلك يستطيع أن يظن في الإبراء بالدعوى البولسية ليجهله غير ساري في حقه .

• الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة لقرة ١٢٩ ص ١٢٩ - استئناف ضبط ٢ يولية سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٤٦٢ .

ويطلب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن الدائن في الدعوى غير المباشرة يعتبر من « الغير » ، لأن الدائن يرفع هذه الدعوى لتصلحته نفسه فيصبح له حق خاص على موضوعها ، واستعمال الدعوى غير المباشرة « يصلح حق الدائن يتعلق بالمال موضوع هذه الدعوى ، فيصبح هذا المال مخصصاً عن المدين تحت يد القضاء ، فلا يجوز للمدين أن يصرف فيه ولا أن يسل بفائه أي عمل يضر الدائن ، أو يبادر أخرى كما يقول لايه يترتب على رفع الدعوى غير المباشرة ما يترتب على الحيز من أكثر . وما دام الأمر كذلك فيكون مركز الدائن ورفع الدعوى غير المباشرة كتركز الدائن الحاجز حيزاً تنفيذاً ، وبالتالي فانه عليه مركز الخلف الخاص من حيث إنه يعتبر في حكم خلف المدين على الحق موضوع الدعوى بالنسبة لتصرفات المدين السابقة على رفع الدعوى ، ويعتبر من الغير بالنسبة لتصرفات لاحقة لفسره مجرد تقديم تاريخ حله لتصرفات . وهو لذلك يجب أن يعتبر - خلافاً لقرأى السالك - من الغير الذين لا تكون المحركات العرفية حجة عليهم بتأريضها إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتاً بوجه رسمي » ( الأستاذ سليمان مرقس في مقالته قوة المحركات العرفية في الإثبات مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٧ - ص ٢٧٨ - وانظر أيضاً كتابه في أصول الإثبات لقرة ٩٧ ص ١٠٢ ) .

وسرى أن الأستاذ سليمان مرقس لا يعتبر الدائن في الدعوى البولسية من الغير ، وهو على حق فيما ذهب إليه من ذلك . ويصدر التسليم منه هذا بأن يكون الدائن في الدعوى غير المباشرة من « الغير » بينما هو في الدعوى البولسية ، والدائن فيها لا يمثل المدين بحتاً ، يعتبر « خلفاً » . ويؤسس الأستاذ سليمان مرقس ما ذهب إليه من اعتبار الدائن في الدعوى غير المباشرة « غيراً » على أنه يكون بمثابة الدائن الحاجز . ولنا من هذا قرأى . فالدائن في الدعوى غير المباشرة لا يزال كما قلنا في المرحلة التمهيدية التي تسبق التنفيذ ، ولم يصل به إلى مرتبة الدائن الحاجز الذي بدأ التنفيذ فعلاً . والمدين في الدعوى غير المباشرة لم تقل به من تقتصر في ماله ، بخلاف المدين في الحيز فإن به مغلوبة من تقتصر من توقيع الحيز . وتنتهي الدعوى غير المباشرة إلى دعوى الحق في مال المدين فيبدأ عنه ذلك الدائن في التنفيذ عليه بالحيز ، أما الحيز فيؤدي مباشرة إلى أن يستحق الدائن حقه من المال المحجوز ( انظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٣٩ ومعلق رقم ٢ ) . ويخفى الأستاذ سليمان مرقس من القول بأن الدائن في الدعوى غير المباشرة لا يعتبر من الغير لأن « القول بهذا لا يرى يمسح للمدين الذي رفع دالته الدعوى بانه أن يعرضاً »

وننقل الآن إلى الدعوى البولصية . وفيها أيضاً لا يعتبر الدائن من «غيره» . فهو ، وإن لم يكن يعمل في هذه الدعوى — كما كان يعمل في الدعوى غير المباشرة — كضابط عن المدين ، بل يعمل باسمه الشخصي ، إلا أنه لا يزال دائماً حادياً لم ينقل بعد إلى مرحلة التنفيذ . صحيح هو يعمل بمقتضى حق خاص أعطاه له القانون ، ولكن شأنه في ذلك هو شأن الوارث الذي يعطى في تصرفات مورثه المضادة في مرض الموت ، كلاهما يعمل بمقتضى حق خاص به ، وهذا الحق الخاص هو الذي تقوم عليه مصلحته في الطعن . ولا يزال الدائن الذي يباشر الدعوى البولصية واقعاً عند مرحلة التقييد للتنفيذ ، شأنه في ذلك شأن الدائن الذي يباشر الدعوى غير المباشرة ، كلاهما يعمل بمقتضى حق الضمان العام ، وكلاهما دون مرتبة الدائن الحاجز الذي انتقل بالحجز إلى مرحلة التنفيذ . وفي المثال المتقدم إذا أقرأ المدين مدينه من الدين بورقة عرفية تاريخها غير ثابت ، كان هذا التاريخ حجة على الدائن ، لا عند مباشرته الدعوى غير المباشرة فحسب ، بل أيضاً عند مباشرته للدعوى البولصية . ويستطيع الدائن هنا أيضاً أن يثبت عدم صحة التاريخ ، بجميع الطرق ، ليصل إلى إثبات أن تاريخ الإبراء متأخر — لأن تاريخ مباشرته للدعوى غير المباشرة كما كان يفعل عندما كان يباشر هذه الدعوى — بل عن تاريخ نشوء حقه وهو الآن يباشر الدعوى البولصية . وزي من ذلك أن الدائن في الدعوى البولصية ليس «غيراً» ، فيحتج عليه بالتاريخ العرفي لتصرف مدينه ، إلى أن يثبت عدم صحته<sup>(١)</sup> . ونطبق هذا الحكم على مثل آخر :

= مع مدينه ، فيسليه محرراً عرفياً مثبناً لمخالصة أو لإبراء أو استبدال أو مفاعضة ، فيحتج بها مدين المدين على الدائن ، ويفوت عليه بذلك المصلحة التي كان يسعى إليها من وراء استئصال الدعوى غير المباشرة » ( مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٦ ) . ويبدو أن هذه الخشية لا محل لها ، فإن المدين إذا توافق مع مدينه على هذا النحو ، استطاع الدائن أن يطعن في التصرف بالدعوى البولصية وقد توافرت شروطها ، فالمدعي مصر ، والتصرف مفقر وتال لحق الدائن ، والتوافق موجود . (١) وهذا الرأي يخالف إجماعاً يكاد ينتقد عليه الفقه الفرنسي : ديمولوب ٢٩ فقرة ٥٥٠ — لوران ١٦ فقرة ٤٦١ — ميل ٧ فقرة ٤١٩ — بودي وبارد ١ فقرة ٦٩١ و ٤ فقرة ٢٢٦٠ — كولان وكايتان ومورانديير ٢ ص ٧٤٩ — بلانيل وريير وراودان ٧ فقرة ٩٥٧ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠٢ — دي باج ٣ فقرة ٢٢٧ (فقه الجليبيك) ، وإجماعاً مثلاً يكاد ينتقد عليه الفقه المصري : دي هلبيس فقرة ٦٨ — الأستاذ عبد السلام ذكي في الأملة ١ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٥ — الأستاذ أحمد نسلت في الإثبات ١ فقرة ٢٢١ — =

بيع اللذين بورقة حرفية سيلاوة بملكها، فيطعن الدائن في هذا التصرف بالدعوى البرولسية . فلا الدائن يحبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ الورقة الحرفية، ولا المشتري يحبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ نشوء حق الدائن . أما أن الدائن لا يحبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ الورقة الحرفية فلما قلناه . وينبغي على ذلك أن هذا التاريخ يكون حجة عليه ولو لم يكن ثابتاً ، وذلك إلى أن يقيم الدليل على أنه قد قدم غشاً ليكون سابقاً على حقه تقديماً للدعوى البرولسية . ولما أن المشتري لا يحبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ نشوء حق الدائن ، فذلك لأن المشتري قد تركر حقه في السيارة التي اشتراها ولم يتركز حق الدائن في هذه السيارة بالذات، إذ هي لا تعدو

— الأستاذ محمد علي حرفة في مقاله في حجية المحررات الحرفية مجلة القانون والاقتصاد ١٠ ص ١٦٧  
— الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٢٥ — الموجز فقرة ٦٣٨ (وقد كان في الموجز ناسخ هذا الإجماع) . انظر أيضاً محكمة الاستئناف المخططة ١٢ فبراير سنة ١٩٠١ ١٣٢ ص ١٩٨ .

وتنح هنا ، في مخالفتنا لهذا الإجماع ، لواقع الأستاذ سليمان مرقس فيما ذهب إليه من أن الدائن لا يحبر «غيراً» في الدعوى البرولسية (انظر مقال المهرور في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٧٩ — ص ٢٨٣ وكتابه في الإثبات ص ١٠٤ هامش رقم ٢) . وإليه يرجع القفل ، هنا أيضاً ، في تحرير المسألة وتبليتها ، لاجتماع الفقه المصري فحسب ، بل أيضاً ضد إجماع الفقه الفرنسي . وما يتقدم به لتأييده رأيه ما يأل : «إن القول بأن الدائن في هذه الحالة (حالة الدعوى البرولسية) يتناغم مدعته ونهجه بالنسبة ويطلب اعتبار تصرفه غير نافذ في حقه لا يمتنع أن يترتب عليه اعتبار الدائن من الغير بمعنى المادة ٢٢٨ (٣٩٥ جديد) ، وذلك لأنه إذا كان يمكن لاعتبار الدائن من الغير في الصورة أن يتناغم مدعته ، فالأمر ليس كذلك في حرف المادة ٢٢٨ ، ولأن الدائن إذا اتهم المدين بالنسبة فما ذلك إلا للاستحصال على حكم باعتباره من الغير بالنسبة لتأذي أثر التصرف المطعون فيه . وأن مجرد طلبه ذلك يؤكد أنه ليس من الغير ما دام لم يحصل على هذا الحكم . فهو عند وضع الدعوى لا يزال يعتبر في حكم الخلف ، ويكون تاريخ المحرر الحرفي المجهت للتصرف المطعون فيه حجة عليه إلى أن يثبت عدم صحته» (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨١) .

والجبة الفرنسية التي يتقدم بها أصحاب الرأي القائل باعتبار الدائن من الغير في الدعوى البرولسية هي أن الدائن يرفع هذه الدعوى بمقتضى حق له خاص استمد من القانون لا من مدعته ، وهو بهذا الحق يهاجم المدين لا يظلمه . وقد رأينا — منه الكلام في عرض الموت — أن هذا الحق الخاص لا يوجب الخلف فيكون «غيراً» ، فهو لم يوجب لوارث «غيراً» إذ يهاجم التصرف الصادر من موته في عرض الموت . وإنما يقتصر على أن يحمل الدائن «حسنة» في الظن . ولولا وجود هذه الحسنة لا استطاع أن يهاجم تصرف مدعته في الدعوى البرولسية، ولا تصرف —



أن تكون داخلة في ضمانه العام وليس له عليها حتى الآن حق الدائن الحاجز .  
فليس ثمة تعارض بين حق الدائن وحق المشتري الذي تركز في السيادة بينهما ،  
وهذا التعارض شرط في « الغير » كما سئى . وينفى على أن المشتري لا يعتبر  
وغيره بالنسبة إلى تاريخ نشوء حق الدائن أن هذا التاريخ يكون ، هو أيضاً ،  
حجة عليه ولو لم يكن ثابتاً ، وذلك إلى أن يقيم الدليل على أنه قد قدم غشاً  
ليكون سابقاً على تاريخ بيع السيارة تمكيناً للدائن من مباشرة الدعوى  
البولسية (١) .

مصورته في مرض الموت . وهذه المصلحة تارة يستعملها من شفعه بقتضى الحق الخاص الذى منحه  
إياه القانون كما نرى الآن في الدعوى البولسية وكما رأينا في مرض الموت ، وطورا يستعملها  
من سلفه بعد أن يخلفه عليها كما رأينا من قبل في حالة الحجر وفي حالة الدعوى غير المباشرة .  
على أن أنصار الرأى القائل بأن الدائن يعتبر من الغير في الدعوى البولسية يحتفظون فيها  
بهم . فالأستاذ عبد المنعم فرج الصدة مثلاً يذهب إلى أنه « إذا لم يكن تاريخ التصرف ثابتاً  
وسابقاً على الدين فلا يصح به حل الدائن ويختبر لاحقاً للدين » (الإثبات ص ١٣٤) . وهو في  
هذا الرأى مطلق مع مذهبه ، فقتضى القول بأن الدائن يعتبر من الغير هو ألا يكون تاريخ التصرف  
المطعون فيه حجة عليه إذا لم يكن ثابتاً . أما الأستاذ أحمد نشأت فلا يرى « والقول بأن تصرف  
المدين لا يبرى على الدائن المادى إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل الدين » ، لأن الأصل أن الدائن  
المادى مقيد بجميع تصرفات مدينه السابقة واللاحقة للدين ، وبالتالي ثابتة التاريخ وغير تابعة  
لتاريخ ، فلا يصح استثناء شيء منها إلا إذا ثبت أن هناك غشاً » (الإثبات ١ ص ٢٢٩) . وهذا  
يسهل الأستاذ نشأت الدائن من « الغير » والدعوى البولسية ، ولكن في الوقت ذاته يبيع لمن تصرفه  
المدين أن يبيع عليه بالتاريخ العرفى إلى أن يثبت الدائن عدم صحة هذا التاريخ . وفي هذا تناقض  
رأينا له نظيراً في الاحتجاج بالتاريخ العرفى لتصرف الصادر في مرض الموت (انظر في القرد  
على الأستاذ أحمد نشأت أصول الإثبات للأستاذ سليمان مرقس ص ١٠٤ حاشى رقم ٢ والإثبات  
للأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ١٣٤ حاشى رقم ٢) .

(١) ويتبين من ذلك أن الدائن في الدعوى البولسية إما أن يكون تاريخه ثابتاً أو غير ثابت .  
فلذا كان تاريخه ثابتاً ، وكان تاريخ التصرف المطعون فيه ثابتاً أيضاً ، فلا بد لنجاح الدعوى  
البولسية من أن يكون تاريخ الدائن هو الأسبق . وإن كان تاريخ التصرف غير ثابت احتج به  
بالرغم من ذلك على الدائن ، إلى أن يثبت هذا أن التاريخ الصحيح متأخر من تاريخه ثابت -  
وإذا كان تاريخ الدائن غير ثابت ، فلذا كان تاريخ التصرف ثابتاً ، جاز لتصرف له أن  
يثبت بجميع الطرق أن التاريخ العرفى الدائن خبير صحيح وأن التاريخ الحقيقي متأخر من تاريخ  
التصرف . أما إذا لم يكن هناك تاريخ ثابت للدائن ولا لتصرف له ، فلكل منهما أن يثبت  
بجميع الطرق أن تاريخه هو الأسبق ، ولا تنجح الدعوى البولسية إلا إذا كان الدائن هو الذى  
يشكك من إثبات ذلك (لقد الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٢٦ - ولقد  
أيضاً نظرية العقد المتكامل ص ٧٨٤ حاشى رقم ٢) .

١٢٠ - من يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية :

بعد أن استعرضنا من لا يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية ، ننقل الآن إلى من يعتبر «غيراً» . ونبادر إلى القول إن «الغير» ، الذى يتطلب القانون أن يكون تاريخ الورقة العرفية ثابتاً ليكون حجة عليه ، يجب ألا يكون ممثلاً فى التصرف الذى تشهد به الورقة . وقد رأينا أن الأصل والوارث والدائن المادى كلهم يمثلون فى التصرف فلا يعتبرون من «الغير» .

ولم يبق الآن إلا الخلف الخاص ، وهو من انتقل إليه من السلف مال معين بالذات ويسرى فى حقه ، كما رأينا فى الجزء الأول من هذا الوسيط<sup>(١)</sup> ، تصرفات السلف المتعلقة بهذا المال إذا كانت سابقة على انتقال المال إلى الخلف ، ولا تسرى إذا كانت لاحقة . فتاريخ التصرف إذن له أهمية بالغة ، بل هو المحرر الذى يحدد عليه سريان التصرف فى حق الخلف أو عدم سريانه . ولما كان من اليسير على السلف أن يضع على الخلف حقه ، بأن يعطى لغيره حقاً يتعارض مع هذا الحق ، وحتى يجعل تصرفه سائياً على الخلف يؤخر تاريخ التصرف بحيث يصبح سابقاً على تاريخ انتقال المال للخلف ، لذلك اشترط القانون ، تقادياً لهذا الفس الذى يعظم ضرره بقدر ما يسهل وقوعه ويقدر ما يصعب تجنبه ، أن يكون تاريخ التصرف ثابتاً حتى يحتج به على الخلف .

فالغير إذن فى تاريخ الورقة العرفية هو الخلف الخاص . والخلف الخاص هو الذى يتلادم وضعه مع «الغيرية» فيما نحن بصددده : شخص يخلف آخر فى مال معين بالذات ، وتكون تصرفات السلف نافذة فى حقه على هذا المال قبل تاريخ معين ، فلا يكون تاريخ هذه التصرفات حجة عليه إلا إذا كان ثابتاً وسابقاً على هذا التاريخ .

ويلحق بالخلف الخاص ، فى هذه «الغيرية» ، الدائن إذا تركر حقه فى مال للمدين معين بالذات . فيصبح «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ التصرفات التى تصدر من المدين فى هذا المال . ولا يتركز حق الدائن فى مال للمدين معين بالذات إلا إذا حجز الدائن على هذا المال . والحجز هو الحلقة الأولى فى مرحلة التنفيذ . أما

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٢٥٠ ص ٥٤٨ .

قبل الحجز ، حتى لو باشر الدائن الدعوى غير المباشرة أو الدعوى البولصية ، فإنه لا يزال في مرحلة سابقة على مرحلة التنفيذ ، وإن كانت تمهد لها . ذلك أن الدائن في الدعوى غير المباشرة وفي الدعوى البولصية لم يتركز حقه بعد على مال معين بالذات ، بل هو لا يزال يستعمل حقه في الضمان العام على أموال معينة ، فلا يعتبر من الغير كما قلنا . فإذا انتقل إلى مرحلة التنفيذ بأن حجز على المال الذي باشر بالنسبة إليه الدعوى غير المباشرة أو الدعوى البولصية اعتبر من الغير . ووضع ، كوضع الخلف الخاص ، يتلام مع هذه الفئتين . فهو مظهر قد تركز حقه في مال معين بالذات هو المال الذي حجزه ، وغشى من تلاعب المدين في هذا المال بالتصرف فيه وتقديم تاريخ التصرف ليصبح سابقاً على الحجز ، فاشتراط القانون ليسرى التصرف في حق الدائن الحائز أن يكون ثابت التاريخ وسابقاً على تاريخ الحجز .

أما الدائن للمدين شهر إفلاسه أو إعساره فهذا لم يصل بعد إلى مرحلة التنفيذ ، ومن ثم لا يكون غيراً بالنسبة إلى تلويح المصروفات التي تصدر من مدينه المطلق أو المسر .

ونرى من ذلك أن الغير ، بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية ، هو الخلف الخاص ، ولحقن به الدائن الحائز<sup>(١)</sup> ، ولا يعتبر غيراً دائن للمدين المطلق أو المسر . فتكفل في كل من هؤلاء .

(١) ونحن نؤثر أن نلف عنه عملاً المصنف قبل الغير . أما المصنفات القليلة فكثيرة :  
 ( أ ) من ذلك ما تقدم به أوجيروودو من أنه يعتبر غيراً " كل من لم يكن طرفاً في الورقة العرفية التي يراد تقديم حجبها في الإثبات ، ويكون له باسم الخاص ، يغطي القانون أو يغطي اتفاق أبرم أو شرط وضعه أحد طرفي الورقة ، حقوق معينة أو شخصية يحميها وجوباً أو سلطانها لتسلل لوسرى عليه ما لديه به الورقة من تصرف قانوني أو واقعة قانونية " (أوجيروودو ١٢ القرية ٧٥٦ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥ )

"... tous ceux qui n'ont pas signé dans l'acte sous seing privé dont il s'agit d'apprécier la force probante, et qui se trouvent, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une convention passée ou d'une disposition faite par l'un des parties signataires, investis, en leur propre nom, de droits réels ou personnels dont l'existence ou l'efficacité serait compromise, si la convention ou le fait juridique constaté par cet acte pouvait leur être opposé."—

## ١٢١ - المذهب الخاص بمنبر من الغير : لغرض أن صاحب شهادة

باعتها من آخر بمقد ثابت التاريخ ، فللمشترى يكون ، في هذه الشهادة ، خطأ

( ب ) ومن ذلك أيضاً ما زاده كولان وكايتان وموداندير من أن « الغير في معنى المادة ١٣٢٨ من الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافاً في التصرف ، وكسبوا من أحد المتصلين حقوقاً بغيرها هذا التصرف الذي تشبه به الورقة العرفية لو أن أسبقية التصرف قد ثبتت » ( كولان وكايتان وموداندير ٢ فقرة ٧٤٩ ص ٥٠١ — انظر أيضاً جان ماري أوسل (Auzanet) رسالة في الغير في القانون المدني الفرنسي مولييه سنة ١٩٥٢ ص ٢٢٩ — ص ٢٢٢ ) .

“Les tiers de l'article 1328, ce sont les personnes n'ayant pas signé dans l'acte et ayant acquis de l'un des contractants des droits auxquels porterait préjudice l'acte relatif par l'écrit privé, si l'antériorité de cet acte était établie” .

( ج ) ومن ذلك أيضاً التعميد الذي يقول به الأستاذ سليمان مرقس من أن الغير بالمعنى المقصود في المادة ٢٢٨ ( ٣٩٥ جديد ) يشمل كل شخص لم يكن طرفاً في المهر العرفي ولا يملك فيه ، وكان حاصلاً بمقتضى عمل قانون صادر لمصلحة من أحد موثقي المهر أو بمقتضى نص القانون على حق خاص متعلق بال معين من أموال الشخص الملتزم بهذا المهر ، بحيث يؤثر في صحة هذا التصرف المندون في المهر العرفي ، أو مع أن تاريخه سابق على تاريخ هذا الحق ( والمحال المنشود في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨٦ ) .

( د ) هذا وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الغير في حكم المادة ٢٢٨ من القانون المدني ( ٣٩٥ جديد ) التي لا تعتبر المهرات العرفية غير نافذة للتاريخ ثبوتاً رسمياً صحة عليه هو الشخص الذي ليس طرفاً في المهر العرفي ويملكه القانون أو الاتصال مع طرفي المهر حقاً ذاتياً عليها أو شخصياً بصير في خطر من جهة قيامه أو النفع به إن أدى عليه حكم ما يملكه بالمهر العرفي ( استئناف مصر ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٩٥ ص ٢١٠ — انظر في هذا المعنى بومدي وبارد ٤ فقرة ٢٣٦٢ ) .

( هـ ) ويلعب يبدان ويرور ( جزء ٩٠ فقرة ١٢٢١ ) إلى أنه يشترط في الشخص ليكون فيه أنه حرطان : ( أولاً ) ألا يكون طرفاً في الورقة العرفية أو مضافاً إليها ( ثانياً ) وأن يملكه حق بغيره التصرف الذي تشبه به الورقة لو كان سابقاً عليه .

وبعد فلهذا جملة صالحة من غير ما قيل في تعميده الغير ، ، ويمكن أن يضاف إليها غيرها ما قيل في ذلك ، ولكنها لا تزال تؤثر أن نقول : إن التعميده في ثبوت التاريخ هو المذهب الخاص وهذان الحائزان على التمس الذي لهما .

ومن أكبر ألا تنوع في رسم منطقة الغير في ثبوت التاريخ ، وألا تتعدد في هذه النقطة . ليس قائمة كان يمكن الاستعانة فيها ، والاكتفاء بإثبات الأسبقية في التفرع على الجميع ، على أن النقطة ليست قديمة ، ولم تعرف في القانون الفرنسي القديم إلا في النصف الأول من القرن السابع عشر . وحتى بعد أن عرفت لم يكن لها من الأهمية وال شأن في القانون الفرنسي القديم ما أضحى عليها به ذلك في القانون الفرنسي الحديث ( انظر في ذلك بومدي وبارد ٤ فقرة ٢٣٦٩ ) .

خاصاً للبائع . ولا يحتج عليه بأى تصرف آخر فى السيارة يصلو من البائع إذا كان تاريخه غير ثابت . فلو أن بائع السيارة باعها مرة أخرى إلى مشتر ثان ، فإن المشتري الأول يكون من الغير بالنسبة إلى تاريخ هذا التصرف . ومن ثم فإن تاريخ البيع الثانى إذا كان عرفياً لا يحتج به بناتاً على المشتري الأول ، ويفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن هذا البيع الثانى قد صدر بعد البيع الأول ، حتى لو كان تاريخه سابقاً على ذلك . وإذا كان تاريخ البيع الثانى ثابتاً ، احتج به على المشتري الأول . فإن كان سابقاً على تاريخ عقده ، فصل المشتري الثانى ، وإلا فصل المشتري الأول .<sup>(١)</sup> فإذا لم يكن تاريخ البيع الأول ثابتاً ، وكان البيع الثانى تاريخه هو الثابت ، فصل المشتري الثانى لأنه هو الذى يعتبر وغيماً بالنسبة إلى تاريخ البيع الأول ، ولا يكون هذا التاريخ حجة عليه لأنه تاريخ غير ثابت . فإذا لم يكن لأى من البعنين تاريخ ثابت ، لم يعتبر أى من المشترين ، وغيماً ، فيحتج على كل منهما بالتاريخ العرفى الصادر للآخر ، ولكن يكون لكل منهما أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ ليدل بذلك على أنه هو صاحب التاريخ الأسبق . وغنى عن البيان إن كل هذا إنما يكون إذا لم يسلم البائع السيارة لأحد من المشترين ، فإن تسلمها أحدهما ملكها ، إما بعقد البيع إذا كان هو السابق ، وإما بالحيازة فى المقول إذا كان هو اللاحق .

وقد أورد التقنين المذلى جملة من التطبيقات التشريعية للخلف الخاص الذى يعتبر من الغير ، نذكر منها :

١ - نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٠٤ على أنه : إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختياراً أو جبراً إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذاً فى حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية . فهنا انتقلت ملكية العين المؤجرة إلى خلف خاص ، فلا يحتج عليه بتاريخ الإيجار إلا إذا كان ثابتاً .

٢ - نصت المادة ١١١٧ على أنه ويشترط لنفاذ رهن المقول فى حق الغير ،

---

(١) على أنه إذا كان تاريخ كل من المشترين ثابتاً فى يوم واحد ، ولم يعرف أيهما أسبق ، تكلف منهما إثبات أسبقية بصر حاجزاً من هذا الإثبات ، ويغسل عليه صاحبه . ويغسل الأستاذ أحد ثقات أن لكل منهما أن يثبت أنه صاحب التاريخ الأسبق ، كما فى حالة ما إذا لم يكن لأى منهما تاريخ ثابت ( الأستاذ أحد ثقات فى الإثبات ١ فقرة ٢٢١ وفقرة ٢٢١ ) .

إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يدون العقد في ورقة ثابتة بالتاريخ بين فيها التلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً ، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتن . فإذا ارتن المنقول داتان ، متصان ، كان كل منهما وخرأه بالترتبة إلى تاريخ الآخر ، فلا يحتج عليه إلا بالتاريخ الثابت ، ومن ثم كان التاريخ الثابت هو الذى يحدد مرتبة الدائن المرتن .

٣ - نصت المادة ٣٠٥ في حوالة الحق على أنه لا تكون الحوالة نافذة قبل الدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها الدين أو أعلن بها ، على أن نفاذها قبل الغير بقبول الدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ . فالحال له خلف خاص في الحق الذى انتقل إليه من المهيمل ، ولا يحتج عليه في حوالة أخرى صادرة من المهيمل إلا بالتاريخ الثابت لهذه الحوالة . فان تمت الحوالة الأخرى بإعلان إلى الدين فهذا الإعلان تاريخه ثابت لا محالة . وإن تمت بقبول الدين ، فالتاريخ الثابت لهذا القبول هو الذى يحتج به .

٤ - نصت المادة ١١٢٣ على أنه ١- لا يكون رهن الدين نافذاً في حق الدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله له وفقاً للمادة ٣٠٥-٢ - ولا يكون نافذاً في حق الغير إلا بإجازة المرتن لسند الدين المرهون ، وتحسب قرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول . وليس رهن الدين إلا تطبيقاً لحوالة الحق . فصاحب الحق يصرف فيه بالحوالة بيعاً أو رهناً أو بأى تصرف آخر . وهذا أيضاً الحال له ، وهو الدائن المرتن ، خلف خاص في الحق الذى ارتنه من صاحبه ، ولا يحتج عليه في رهن آخر صادر من صاحب الحق إلا بالتاريخ الثابت على النحو الذى قدمناه في حوالة الحق .

وبمن ، قبل أن تترك والخلف الخاص ، أن نلاحظ أننا لم نجعله في الأمثلة التى قدمناها خلفاً خاصاً في حقار ، بل جعلناه مشترطاً أو مرتباً لمنقول أو دين ، لأن المقرر يستلزم إجراءات أخرى غير ثبوت التاريخ ، هى التسجيل أو التقييد ، وسنرى أنه يشترط في التجرد والغيرية ، ألا يكون القاتنون قد تطلب إجراءات أخرى إلى جانب التاريخ الثابت (١) .

---

(١) لما المستطير فلا يحير خلفاً خاصاً للغير ، إذ لم ينتقل إليه حق من حق الدين المبرك . ومن ثم لا يكون غيراً له خاصة إلى مستطير آخر نفس الدين ، ولا تكون للمصلحة =

١٢٢ - **الرائع المحجز يعتبر من الغير** : قلنا أن الدائن المحجز ، في المال المحجز ، يكون في وضع الخلف الخاص على هذا المال . وهو وإن لم يكن كالتلف الخاص ذا حق حقيقي في المال المحجز إذ لا يزال حقه شخصياً ، إلا أنه ذكر حقه في هذا المال بالمحجز ، وأصبح القانون يحبه من تصرفات مدبته التالية للمحجز كما يحس التلف الخاص<sup>(١)</sup> . ومن ثم يصبح «غيراً» في تاريخ الورقة العرفية الصادرة من المدين لتشهد على تصرفه في المال المحجز ، فلا يحجب عليه هذا التاريخ إلا إذا كان ثابتاً ، ولا يحتج عليه بالتاريخ العرفي ، بل يفرض فرضاً غير قابل للإثبات العكس أن هذا التاريخ نال المحجز فلا ينفذ التصرف في حقه حتى لو كان التاريخ العرفي المدون في الورقة سابقاً على المحجز . ويستوى فيما قلناه أن يكون المحجز على منقول أو على دين للمدين في ذمة الغير (حجز ما للمدين لدى الغير) أو على منقول .

أما في المحجز على المنقول فننص المادة ٥٠٨ من تقنين المرافعات على أنه «تصبح الأشياء محجوزة بمجرد ذكرها في محضر المحجز ولو لم يمين عليها حارس» . فكل تصرف يصدر من المدين في المال المحجز بعد حجزه على هذا النحو لا يكون تاريخه حجة على الدائن المحجز إلا إذا كان ثابتاً وسابقاً على توقيع المحجز . فإن

« بين المستأجرين للمصنعين لبن واحدة بالأسبقية في التصريح للمالك كما تكون الفاضلة بين المصنعين للمصنعين منقول واحد لها أسبقية . . . وقد وضعت المادة ٥٧٢ من التقنين المدني قاعدة أخرى للفاضلة ، نصت على ما يلي : ١٥ - إذا تمتد المستأجرون لبن واحدة ففضل من سبق منهم إلى وضع يده عليها دون غش ، فلذا كان مستأجر منقول قد سجل حقه وهو حسن النية قبل أن يضع مستأجر آخر يده على المنقول للمزجر أو قبل أن يتجدد حقه لإيجاره ، فإنه هو الذي يفضل . ٢ - إذا لم يوجه سبب تفضيل أحد المستأجرين فليس لهم فيما تنازع فيه حقوقهم إلا طلب التصفية » . (قانون الأسبقية أحد نفاذات في الإثبات ١ فترة ٢٢٧) .

(١) قلنا ما يقول الأستاذان أبري ورو في معنى أن الدائن المحجز يعتبر من الغير : « من المالك الذي يحجز على أموال مدبته إنما يستعمل حقا مستعده من القانون لا من المدين . فهو يسلطه على المدين . ومن الواضح أنه يكون من «الغير» من حيث أنه يخلع من المحجز بما يجب من دفع وما ينتج من آخره تصرفات المدين » . (أبري ورو ١٢ ص ٢٢٧ طبع رقم ١٦١ - انظر أيضاً الأرومير ١٢٧٨ ١٨ - ديولوب ٢٩ فترة ٥٩٨ - توليه ٨ فترة ٥١١ - فترة ٢٥٢) .

كان التاريخ غير ثابت ، أو كان ثابتاً ولكنه تال لتوقيع الحجز ، فإن التصرف لا ينفذ ، حق الدائن الحاجز .

وقد حجز ما للمدين لدى الغير يحصل الحجز بإعلان إلى المجهوز لديه إنهاه فيه الدائن الحاجز عن الوفاء بما في يده إلى المجهوز عليه أو تسليمه إياه (م ٥١٧ من المبيعات) ، ومن ذلك الوقت يصبح الدائن الحاجز وغيره ، وكل تصرف يصدر من المدين في الحق المجهوز لا يكون تاريخه حجة على الدائن الحاجز إلا إذا كان ثابتاً سابقاً على توقيع الحجز . فإذا أبرز المجهوز لديه ورقة عارية تتضمن إيزامه من الدين أو قبولاً منه بحالة صدور من المجهوز عليه أو غير ذلك من التصرفات وكان تاريخ هذه الورقة العارية غير ثابت أو كان ثابتاً ولكنه تال لتوقيع الحجز ، فإن التصرف لا ينفذ في حق الدائن الحاجز . وهناك رأى يلحظ إلى أن الدائن الحاجز في حجز ما للمدين لدى الغير لا يعتبر «غيراً» ، ولكن هذا الرأي أصبح اليوم مرجوحاً بعد صدور التفتيش الملحق الجديد وفيه نصان يقضيان بجعل الدائن الحاجز في مرتبة تضاهي مرتبة الخلف الخاص مع مراعاة طبيعة حقه من أنه ليس بحق عيني . النص الأول يجعل الدائن الحاجز يشترك مع المالك له إذا سبق حجزه الحوالة ، إذ تقضى الفقرة الأولى من المادة ٣١٤ بأنه «إذا وقع تحت يد المالك عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر» . وهذا النص ، وكان موجوداً في تفتيش المبيعات القديم ، يعتبر فوق ذلك أن الدائن الحاجز هو من الغير بالنسبة إلى المالك له . والنص الثامن يجعل حجز ما للمدين لدى الغير مانعاً من المقاصة بالدين المجهوز ، إذ تقضى المادة ٣٦٧ بأنه ١ - لا يجوز أن تقع المقاصة اضراً بحق كسبها الغير . ٢ - فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائناً لدائته ، فلا يجوز له أن يتسلك بالمقاصة اضراً بالحاجز . ولا يكون ذلك إلا إذا كان لدائن الحاجز حق كسبه على الدين المجهوز يمنع من وقوع المقاصة ، وهذا الحق قد صرح به النص : «حق كسب الغير» ، وهو ذاته الذي يجعل الدائن الحاجز في مرتبة تضاهي مرتبة الخلف الخاص مع مراعاة طبيعة حقه من أنه حق شخصي لا حق عيني كما قدمنا (١) .

(١) وقد انضم لهذه الفقرة في اجراء المائتين «غيراً» في حجز ما للمدين ، لمن التفتيش -



وفي المحيز على القطار يكسب الدائن المحايض على القطار المحجوز حقوقا صريحة واضحة تجعله في مرتبة الخلف للنقص وتمنحه الحماية ذاتها فيعتبر وغيراً،

= من يذهب إلى هذا الرأي : أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ وحلش رقم ١٢٢ - لا روسييه ٦ م ١٣٢٨ فقرة ٢٢ - ميله ٨ فقرة ٢٥١ - ديولوب ٢٩ فقرة ٥٥١ - لوران ١٩ فقرة ٣٢٤ ( بلجيكي ) - بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٦٠ ص ٩١ - بيدان ورو ٩ ص ٣٠٢ حاشين رقم ٤ - دي باج ٣ ص ٧٤٢ ( بلجيكي ) . ومنهم من يذهب إلى عكس ذلك : توليه ٨ فقرة ٢٥١ - ديرانتون ١٣ فقرة ١٣٣ - ماركلديه ٥ م ١٣٢٨ . ونرى من ذلك أن الأغلبية في الفقه الفرنسي تعتبر الدائن « غيراً » . وكذلك الحال في الفقه المصري : دي طلس تحت لفظ action فقرة ٧٩ - الأستاذ سليمان مرتس في مقال في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧١ - ٢٧٣ وفي كتابه أصول الإثبات ص ١٠٢ - ١٠٣ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصفة في الإثبات ص ١٣٠ حاشي رقم ١ - الأستاذ محمد حامد نهي في التظليل فقرة ٢١٨ ، والفقر عكس ذلك الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٢٣ - فقرة ٢٢٤ .

أما اقتضاء الفرنسي ليلعب إلى أن الدائن في حجز ما للمدين لا يعتبر « غيراً » ، ودفعه إلى هذا الموقف دفعه في أن يسل الخالفات الصادرة من المدين المحجوز عليه إلى المدين المحجوز لديه سارية في حق الدائن المحايض ولو لم تكن ثابتة بالمعاريض . ولكن الخالفات لما شأن آخر ، فشئى أنها يمتضى نفس صريح تسرى بتأريضها للحرف في حق « الغير » ولو لم يكن هو الدائن في حجز ما للمدين ، وذلك لأخبارات عملية . ولجأ اقتضاء الفرنسي في تقرير موقفه إلى القول بأن مركز الدائن المحايض في حجز ما للمدين يمتد مركز الدائن الذي يرفع الدعوى غير المباشرة على مدين عليه . والفرق واضح بين المركزين : فالدائن الذي يرفع الدعوى غير المباشرة إنما يسل بأخباره ما ليا من المدين ، ورفع الدعوى ليس من شأنه أن يمل به المدين من التصرف في حقه ، وما ينتج من الدعوى لا يسل إليه الدائن مباشرة بل لا به من المحيز عليه . أما الدائن المحايض لمحيض يمتضى حق له خاص وهو في ذلك يهاجم المدين لا يتوب عنه ، ثم إن المحيز يمل به المدين من التصرف في حقه المحجوز عليه لدى مدين المدين ، وما ينتج من المحيز يسل إليه الدائن مباشرة وهو حاجة إلى إجراء آخر . ولا فرق ما بين المحيز للتظليل وحيز القطار من جهة وحيز ما للدعوى الغير من جهة أخرى : كل هله حيز يدخل بها الدائن في مرحلة التظليل ، وما هو ما للمدين لدى الغير إلا ضرب من المحيز للتظليل فكيف حل نحو يتلزم مع طبيعة المدين المحجوز عليه ( بودري وبارد ٤ ص ٩١ نقلا عن لا روسييه ) . فلو أن الأستاذ أحمد نشأت ١ في الإثبات فقرة ٢٢٣ - فقرة ٢٢٤ .

وعن ذلك فقد تأثرت محكمة الاستئناف القطنة بالقضاء الفرنسي ، إذ قضت بأن المحايض إنما يمل عليه في الدعوى التي يرفعها على المحجوز لديه بقبول دين المدين في ضمه ، ولذلك لا يكون له إلا سلوك طرق الإثبات المأثرة للمدين ، كما يجوز للمحجوز لديه أن يصح عليه بالأوراق القارية الصادرة من المحجوز عليه ولو لم يكن تاريخها ثابتاً قبل المحيز ( استئناف قطنة ٢ بتاريخ سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٠ - ٢١ بتاريخ سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٥٠ - انظر الأستاذ عبد المنعم فرج الصفة في الإثبات ص ١٣٠ حاشي رقم ٢ ) .

ولا يصح عليه بتاريخ التصرف الصادر من المدين إلا إذا كان ثابتاً . فإن كان التاريخ غير ثابت ، أو كان ثابتاً ولكنه نال العجز ، لم يسر التصرف في حق الدائن الحاجز ، شأنه في ذلك شأن الخلف الخاص . وتطبيقاً لهذه القاعدة تنص الفقرة الأولى من المادة ٦١٥ من قانون المرافعات على أنه ويترتب على تسجيل التنية اعتبار العقار محجوزاً . ثم تنص الفقرة الأولى من المادة ٦١٦ من هذا القانون على أنه ولا ينفذ تصرف المدين أو الحاجز في العقار ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز في حق المحাজرين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة ٦٣٧ ، ولا الراسى عليه المزاو ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنيه نزع الملكية<sup>(١)</sup> . ثم تنص المادة ٦٢١ على أن عقود الإيجار الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنية تنفذ في حق المحاجزين والدائنين المشار إليهم في المادة ٦٣٧ والراسى عليه المزاو ، وذلك بغير اعتلال بأحكام القانون المتعلقة بقعود الإيجار الواجبة الشهر . أما عقود الإيجار غير الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنية

(د) نكست محكمة النقض — قبل صدور قانون المرافعات الجديد — بأن تسجيل التنية يزع الملكية لا ينفذ . فإذن المانع نازح للملكية حقا حينما على العقار يميز له ( باعتباره فيرا ) أن يمسكه بعدم تسجيل التصرفات المسبقة من المدين قبل تسجيل التنية في مدة الاحتجاج بعدم نفاد تلك التصرفات عليه . بل كل ما في الأمر أن هذا المانع يصبح جليا للتسجيل من تسليم عقد البيع . الذين أضافت إليهم المادة ٢٢٨ من القانون المذكور ( ٢٩٥ جديد ) ، فلا يصح الاحتجاج عليه بالعمود السابقة إلا إذا كان تاريخها ثابها قبل تاريخ تسجيل التنية . أما إذا كان التصرف موضوع النزاع له تاريخ ثابت سابق على تسجيل التنية ، فإنه يعتبر تصرفا نافذا بالنسبة للمدين المانع . وإنما له من التغطية على الدين المصروف فيها ، ولا يجوز له طلب إعطاء إلا إذا أثبت حصوله توافقا بين المصروف والمصروف له إضرارا بحقوقه هو ، وهذا حتى على فرض أن تسجيل التنية يمنع المدين من التصرف في الممتلكات الجارية نزع ملكيته (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٢٢ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٧٢ — جملة ١ ص ٩٢ و ١٦٥) . أما إذا كان المانع التغطية دائنا له حق عليه ، فكانت محكمة النقض (نقض مدني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ جملة ١ ص ٣٠٩ و ٩٨٨) تعتبره . وغيرها في متى تكون التغطية ، فكل تصرف للمدين لم يعتبر قبل تسجيل تنيه نزع الملكية لا يكون نافذا في حقه . وقد قضى لقانون المرافعات الجديد (م ٦١٦) على هذا الخلاف . إذ جعل سائر تصرفات المدين في حق المانع غير نافذة وفي حق الدائن المانع على سواء هو شهر للتصرف قبل تسجيل التنية ( الاستاذ عبد الحليم قيس في التغطية فقرة ٢٢١ وما بعدها — الأستاذ عبد الحليم فرج في حكمة في الإقليات ص ١٢٢ ملحق رقم ١) .

فلا تفضل في حق من ذكروا الا اذا كانت من أعمال الإدارة المحسنة . وتخص  
أخيراً المادة ٦٢٤ على أن والمخالصات عن الأجرة للمصلحة والحالة بها يحتج بها  
على الدائن الحاجز والثابتين المشار إليهم في المادة ٦٣٧ والراسى عليه الزائد ،  
اذا كانت ثابتة بالتاريخ قبل تسجيل التثنية ، وذلك بغیر اخلال بأحكام  
القانون المتعلقة بالمخالصات الواجبة الشهر ، فإذا لم تكن ثابتة بالتاريخ قبل  
تسجيل التثنية فلا يحتج بها إلا لمدة سنة (١) .

ويلاحظ أن الدائن المرتين في الرهن الرسمي ، في خصوص الإيجار الصادر من  
الراهن وفي خصوص المخالصات عن الأجرة للمصلحة والحالة بها ، يعامل معاملة  
الدائن الحاجز . (م ١٠٤٥ و ١٠٤٦ ملى) ، لأن الراهن لا تغل يده بالرهن  
الرسمى عن إيجار العقار المرهون ولا عن قبض الأجرة للمصلحة والحالة بها ،  
فيصبح شأن الدائن المرتين في هذه التصرفات شأن الدائن العادى ، وكذلك شأن  
الصادى أيضاً لا يكون له حق خاص على العقار المرهون يتعارض مع الإيجار  
وقبض الأجرة والحالة بها إلا إذا بدأ بتنفيذ سجل التثنية (٢) . أما الدائن المرتين  
في الرهن الحيازى فعليه أن يستثمر الشيء المرهون استثماراً كاملاً ويتولى إدارته  
(م ١١٠٤ و ١١٠٦ ملى) ، ومن ثم يتعارض وضعه هذا مع حق الراهن في  
الإيجار وقبض الأجرة ، فيعتبر وغيره في هذه التصرفات عند تسليم الشيء المرهون ،  
ولا يحتج عليه بالتاريخ إلا إذا كان ثابتاً (٣) .

(١) ويلاحظ أن توقيع الدائن على حجز من هذه المحجز الثلاثة — المحجز التفضيلى وحجز  
مالعين والمحجز العقارى — لا يمنع سائر الدائنين من التدخل في إجراءات المحجز ، ومن  
تدخلوا أسبقاً من أهدأ من «غيره» ، شأنهم في ذلك شأن الدائن الحاجز الأول (يقال الأسبق  
سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٣ - ص ٢٧٤ — الأسبق عبد المنعم  
فرج الصدة في الإكملت قرة ١٢٣ — استئناف مخطوط ٧ يولية سنة ١٩٤٨ م ٥٠ ص ٢٥٢) .  
(٢) أما إذا تعارض حقه كدائن مرتين مع حق شخص آخر ، كدائن مرتين لأن أو مقتر  
أو نحو ذلك ، فإنه يصح من الغير بالنسبة إليه . ولكن لما كان القانون يعوجب هذا إجراء  
أكثر غير ثبوت التاريخ ، فلهذا أو التسجيل . ولذا يجوز إخراج هذه الحالة من مظلة الغير ،  
وقصر المتعلقة بالحالات التي يعوجب فيها القانون ثبوت التاريخ دون أي إجراء آخر ، وقد  
سبقت الإدارة إلى ذلك .

(٣) والدائن للمحجز يحجز من «غيره» بالنسبة إلى دائن ذو حق عليه ، كدائن مرتين ودائن  
له حق امتصاص . فلا يسرى في حق الدائن الحاجز هذا الحق لغيره إلا إذا كان شهره (دعوى طعن)  
ثابت التاريخ) سابقاً على توقيع المحجز . وكل من يحل على الدائن المرتين يحجز المكان المحجز —

### ١٢٣ - المائتين ألفاً مدينه أو أهراسلا يعتبر من الغير :

منى أفلس المدين التجار وشهر إغلاس ، وضعت يده عن إدارة أمواله (م ٢١٦ تجارى) . وتصرفاته ، في خلال المدة السابقة على الحكم بشهر الإغلاس منذ المشره الأيام السابقة على تاريخ توقفه عن الدفع ، الخاصة بتبرعات أو بوفاء ديون غير حالة على أى وجه كان هذا الوفاء أو بوفاء ديون حالة بغير النقود أو الأوراق التجارية أو بتزيب حقوق ومن أو اختصاص على أمواله ، تكون كلها باطله (م ٢٢٧ تجارى) . أما وفاء الديون الحاله بنقود أو أوراق تجارية والمعاوضات فتكون قابله للإبطال إذا وقعت بعد تاريخ التوقف عن الدفع (م ٢٢٨ تجارى) - ولكن بالرغم من كل ذلك لا نرى أن ذات التخليصه يعتبر من الغير في التصرفات

١ - بالنسبة إليه من الغير . فإذا أدى كابل المدين ، في دين مضمون برهن ، الدين للدين المرتين وحل حله في رهنه ، فإن هذه الكفالة التي يستند إليه في الحل لا يصح بتأجيله على المدين الحاجز إلا إذا كان تاريخاً ثابتاً سابقاً على وفاته الدين (ديولوب ٢٩ فقرة ٥٥٢ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٦٩ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٢٢ - الأستاذ سليمان مرقس في مقالته المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٤ - ص ٢٧٥) . كذلك المدين صاحب حق الاختصاص إذا كان حقه ، في ظل المقتنين المدين القديم حيث كان ذلك جائزاً ، مبني على حكم غياب قبله المحكوم عليه فاستغنى سقوطه بانقضاء سنة شهور ، فإن هذا المدين لا يصح على المدين الحاجز بتاريخ الورقة العرفية التي ثبت قبول المحكوم عليه الحكم النهائي إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتاً (استئناف غنط ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٨ - ٢٥ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩٩ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٣١ - الأستاذ سليمان مرقس في مقالته المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٤) .

وهناك ما نرى اجراء القانون في حكم المدين الحاجز ، فيغير من الغير كالمدين الحاجز . ذلك أن المادة ٨٤٢ فقرة أولى من المقتنين المدين الجديد نصت على ما يأتي : « للمدين كل فريضه أن يطرأوا في أن تم القسمة حيناً أو أن يباع المال بالقرض بغير تعلم . وقدره المعارضة إلى كل القسمة ، ويتبرع عليها أو يزعمهم أن يعلموا من طرف من المدينين في جميع الإجراءات ، ولا كانت القسمة غير نافذة في حكمهم . ويجب على كل حال إعمال المدينين المقتنية حقوقهم قبل دفع دعوى القسمة . ويستفاد من هذا النص أن مدين المدين إذا طرأ في أن تم إجراءات القسمة بغير تعلم ، فكل قسمة تم بعد طه المعارضة ولا يدخل فيها المدين لا تكون نافذة في حقه . لذلك يكون المدين المعارض بمثابة المدين الحاجز بالنسبة إلى تاريخ القسمة ، وهذا يمكن نص القانون . فلا يصح إذن بتاريخ القسمة على المدين المعارض إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتاً وسابقاً على معارضة . أما إذا كان التاريخ غير ثابت فلا يصح به على المدين المعارض ولو كان سابقاً على معارضة ، وتكون القسمة في هذه الحالة غير نافذة في حق هذا المدين . »

الصادرة من المدين للفلس . فالحكم بشهر الإفلاس ليس إلا تمهيداً لتنفيذ الجباية .  
وحالاً للفلس ، فبعد شهر إفلاس مدينه ، لم يدخل بعد في مرحلة التنفيذ ، كما  
دخل الدائن الحاجز . والإفلاس لا يعطل الحجز ، وكل ما نتج عنه أن غلت يد  
الفلس في إدارة أمواله ، وحل محله الدائنون الذين تكتلوا في مجموعة يمثلها  
السنديك . وهذا لا يغير من مركزهم كدائنين عاديين لم يصلوا بعد إلى مرحلة  
التنفيذ ، فهم لا يزالون يستعملون حقهم العام في الضمان ، شأنهم في ذلك شأن  
الدائن الذي يباشر الدعوى البولصية .

ومن ثم يكون التاريخ العرفي لتصرفات الصادرة من المدين المفلس حجة على  
دائنيه ، ولو كانت تصرفات مدنية (أى غير تجارية) . ويكون لولاءه ، بداية الحق  
في إثبات عدم صحة هذا التاريخ وإثبات التاريخ الحقيقي لهذه التصرفات ، فيعطى  
عندئذ لكل تصرف حكمه القانوني : ما صدر في المدة المشتبه فيها ، وما صدر بعد  
توقف المدين عن الدفع ، وما صدر بعد الحكم بشهر الإفلاس<sup>(١)</sup> .

— وقد عالج الأستاذ سليمان مرقس ، في مقاله المنشور بمجلة القانون والاقتصاد (١٤١ ص ٢٧٥) ،  
علم المسألة في ظل التشريع القديم . ولاحظ أن الدائن ، إذا رفع دعوى القسمة باسم مدينه بهلا من  
أن يمارض طالبا التسلل ، فإنه لا يعتبر من «الغيره» وفقاً لقرأى السالك (لا يراه هو) . فيحجج  
عليه بالتاريخ غير الثابت لأى تصرف أجراه المدين في نصيبه الشائع ، ومن ذلك إجراء القسمة  
ذاتها . ويستطيع المدين إذن أن يحجج بالتاريخ العرفي لقسمة انفرده بها دون تدخل دائته بالرغم  
من دفع الدائن دعوى القسمة باسم مدينه ، ولا يستطيع ذلك إذا عارض الدائن . ويهيب الأستاذ  
سليمان مرقس حل هذه النتيجة أنها تجعل لمعارضة الدائن أثراً أبلغ من رفض الدعوى غير المباشرة .  
ولسنا نرى بأساً في ذلك ، فإن الدائن إذا احتار بالدعوى غير المباشرة فقد احتار أن يعمل نائلاً  
عن مدينه ، فله أن يحصل أثر جميع تصرفات مدينه وسبها إجراء القسمة دون تدخله . أما إذا  
احتار الدائن أن يتدخل في القسمة لئى يجرها مدينه ، فهو لا يعمل في هذه الحالة باسم مدينه ،  
بل يعمل باسمه الشخصي ، وقد عرله القانون في هذه الحالة بنفس صريح أن يتدخل في إجراءات  
القسمة وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقه .

(١) والقرأى الذى يذهب الى أن الدائن المدين المفلس لا يعتبر من «الغيره» هو قرأى الفراجيع  
في الفقه واقتصاد الفرنسيين: برونه فيرة ١٦٩٧—سوريرى ورو ١٢ فيرة ٧٥٩ فيرة ٢٢٩ —  
لاوسير ١٢٢٨ م ٣٦ — ديولومب ٢٩ فيرة ٥٤٢ — بلانلور وريير وجابوله  
فيرة ١٨٨٤—سيهان ورو ٩ فيرة ١٢٢١ ص ٣٠١ — ليون كان وريير ٧ فيرة ٤٧٧  
— محكمة النقض الفرنسية ١٥ يونيو سنة ١٨٤٢ سيج ٤٣—١—١٦٧—٤ يوليو سنة  
١٨٥٤ مقرر ١—٢٢٣—٢٨ يوليو سنة ١٨٧٥ مقرر ٧٥—١—٤٦٩—محكمة —

والإفلاس الإصرار . وقد نصت المادة ٢٥٧ من القانون المدني على أنه متى سجلت صحيفة دعوى الإفلاس ، فلا يسرى في حق المدين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أي وفاء يقوم به المدين . ويتبين من ذلك أن حكم شهر الإفلاس له أثر حكم شهر الإفلاس في غل يد المدين عن التصرف في أمواله . ولكننا لا نرى - هنا أيضاً - أن دائن المدين المصير يعتبر من الغير في التصرفات الصادرة من مدينه . فالحكم بشهر الإفلاس ، كالحكم بشهر الإفلاس ، ليس إلا تمهيداً للتفويض ، ولم يدخل المدينون بعد في مرحلة التفويض لجرد الحكم بشهر إصرار مدينهم . بل لعل إصرار «الغريب» في الإفلاس أولى منه في الإفلاس ، إذ ليس في الإفلاس تصفية جارية كما في الإفلاس ، بل يبقى كل دائن موكولاً إلى الأجراءات القروية التي يتخلها وحده ، فلا يشكل الدائنون في مجموعة يمثلها السنديك . وما الإفلاس ، على الوجه الذي نظم به في القانون المدني الجديد ، إلا الدعوى البولصية ، أحكم تنظيمها ، ورتبت مراحلها ، وحددت مواعيدها ، ويسر فيها عبء الإثبات ، فانضبطت آثارها ، ووضعت معالمها . فإذا كان الدائن في الدعوى البولصية لا يعتبر من «الغريب» كما قلنا ، فليس غريباً إلا يعتبر أيضاً من «الغريب» في الإفلاس . ومن ثم يكون التاريخ العرفي للتصرف الصادر من المدين المصير حجة على ذاته . ويكون الدائن الحق في إثبات التاريخ الحقيقي لهذا التصرف ، فان كان لاحقاً لتسجيل صحيفة دعوى الإفلاس ، لم يسر في حقه (١) .

== استئناف الجزائر ١٨ فبراير سنة ١٨٨٨ دالوز ١-٨٨-١٧٣ - محكمة بساتيا ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٥ - ٢-٣٦١ . انظر حكس ذلك : لوران ١٩ فترة ٢٣٠ - فترة ٢٣١ - جردى وبارد ٤ فترة ٢٣٩٠ ص ٩٢ - تالير فترة ١٧٧٩ - وقانون حكم محكمة النقض الفرنسية ٢٧ يناير سنة ١٨٨٦ المنشور في جوليات القانون التجاري سنة ١٨٨٦ - ١٨٨٧ ص ٢١ في الماش .

ويلحق بجمهور القواعد في حصر إلى قوله العكس ، فيقولون بأن الدائن المدين للمدين يعتبر من الغير : الأستاذ عبد صالح في الإفلاس والصلح العراقي فترة ٦٠ - الأستاذ سليمان مرقس في مجلة المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٨ ص ٢٧٩ وفي كتابه أصول الإثبات فترة ١٧ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فترة ١٢٧ . ويصل الأستاذ أحمد نقات (الإثبات ١ فترة ٢٢٨) إلى حكم أستاذ دائن المدين للمدين من «الغريب» .

(١) وحده ، غير «أجنبي أصلاً» (alienus) لا يندرج في فيه تاريخ القروية ==

١٢٤ - «شروط الوفاء» في «الفير» : ويخلص بما قلناه  
أن «الفير» في ثبوت التاريخ لا يمدو أن يكون الخلف الخاص أو الدائن الحاجز .  
ويشترط في «الفير» ، خلفاً كان أو دائناً ، شروط ثلاثة :

(١) أن يكون هو نفسه ذا تاريخ ثابت . وقد رأينا فيما أسلفناه أن الخلف  
الخاص ، حتى لا يحتاج عليه بغير التاريخ الثابت ، يجب أن يكون تاريخه هو  
ثابتاً ، فإذا تنازع المشتريان للمقول ، ولم يكن أى من اليمين ثابت التاريخ ، كان  
تاريخ كل منهما حجة على المشتري الآخر ، ولكل من المشتريين أن يثبت عدم  
صحة هذا التاريخ . فإذا لم يكن «الفير» خلفاً خاصاً ، كان دائناً حاجزاً ، ومن  
الواضح أن الدائن الحاجز له دائماً تاريخ ثابت .

«الفير» . فلو أن حلاً أجراً داراً لمحد ، فإن صاحب الدار المجاورة - إذا لم يكن وارثاً لأى من  
المعتدين ولا دائناً له ولا خلفاً خاصاً في الدار لعل - يكون غيراً أجنبياً أصلاً من عقد الإيجار .  
فلا يمتنع تاريخ القوة العرفية التي تشبه بالمعقد ، أو تاريخ ثابت أم غير ثابت ، وإذا كان غير  
ثابت فهل هو تاريخ صحيح أو تاريخ قدّم أو آخر ، فعقد الإيجار لا يسرى في حقه أصلاً ولم  
يصحّح لى احتمال في أن يسرى في حقه . لذلك إذا قلنا إن تاريخ الإيجار ولو كان غير ثابت حجة  
عليه ، أو قلنا بل هو ليس حجة ، فالقولان سيان في حقه ، ولن يختلف مركزه في قول منه في  
الآخر . فلا جدوى إذن من إلتصام هذا «الفير» في مسألة التاريخ الثابت للنظر فيها إذا كان يعد  
«غيراً» أو لا يعد ، فانه خارج بتاتاً عن هذه المسألة ( ديجولوسب ٢٩ فقرة ٢٩٦ - بونيه  
فقرة ٦٩٩ - بوهري وهارد ٤ فقرة ٢٢٤٨ - الأستاذ سليمان عرس في مجلة القانون  
والاقتصاد ١٤ ص ٢٦٨ - الأستاذ أحمد نقاش في الإثبات ١ فقرة ٢١٧ ) .

عل أنه قد يقع أن هذا «الفير» - وهو أجنبى أصلاً من المعقد كما رأينا - يرى نفسه في  
وضع يتأثر فيه بالمعقد ، إذ يستطيع اختلافه سبباً لكسب حق ، أو يصح العقد بحكم ظروف  
لاحقة سبباً للانقراض من حق له . منه ذلك قد يمتنع تاريخ العقد ، أو ثابت أم غير ثابت ، وهل  
قدّم أو آخر . وفي رأينا أنه يقل ، حتى في هذه الأحوال ، خارجاً عن نطاق «الفير»  
التي لا يمتنع فيها إلا بالتاريخ الثابت . ومن ثم يصحّح عليه بالتاريخ العرفي لقوة ، وله أن يثبت  
عدم صحة هذا التاريخ بجميع الطرق إذا كان هناك غش . ونلقه بأشقة توضح ذلك :

١ - جب أن حلاً في المثل المتقدم باع داره من محمد بدلا من أن يزوجها . فصاحب الدار  
المجاورة يبقى أجنبياً أصلاً عن البيع كما هو أجنبى أصلاً عن الإيجار . ولكنه يسرى نفسه في  
وضع يتأثر فيه بهذا البيع ، إذ يستطيع اختلافه سبباً - وهو جبر - لكسب حق وهو أخذ  
الدار المبيعة بالشفقة . فهل يصحّح عليه بالتاريخ العرفي بيع في هذه الحالة ، ويفرض في هذا  
التاريخ أنه صحيح ، حتى يثبت بجميع الطرق أن قدّم ليقع البيع في وقت لم يكن هو فيه مالكاً  
الدار المجاورة المتشوق بها ، يفرض أن طرفي القوة قد توافقا على تقديم التاريخ أحياناً -

(٢) أن يكون القانون لا يتطلب إجراءات أخرى غير ثبوت التاريخ . ومن أجل ذلك تركنا محمداً ، كما سبق الإشارة ، عند الكلام في الخلف الخاص ، مشترى العقار والمرتهن له . ذلك أن القانون يتطلب في بيع العقار إجراء آخر هو التسجيل ، وفي رهن العقار إجراء آخر هو القيد . ومن ثم كانت المفاضلة بين المشترين لعقار واحد ليست بالأسبقية في التاريخ الثابت بل بالأسبقية التسجيل ، وكانت المفاضلة بين المرتهنين لعقار واحد ليست هي أيضاً بالأسبقية في التاريخ الثابت بل بالأسبقية في القيد .

== ملخصه من الأحد بالشفقة ؟ أو يعتبر أن هذا التاريخ العرفي ليس حجة عليه ، فلا يكلف نفسه فيه إثبات عدم صحته ، ويفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن البيع لاحق لتلكه لدار المبادرة ، ويتسكك بوجود أن يكون التاريخ ثابتاً ليكون حجة عليه ؟ ظاهر أن الرأي الأول — يمتنع عليه بالتاريخ العرفي إلى أن يثبت عدم صحته — هو الرأي الصحيح .

٢ — وجب أن علياً الذي باع الدار من محمد لم يكن يملكها . فلذلك الحفيظ لدار يعتبر « غيراً » أجنبياً أصلاً من هذا البيع ، لا يبرى عليه ولا يتأثر به . ولكن هذا البيع ، بحكم ظروف لاحقة ، أصبح سبباً للانتقاص من حقه ، بل لزواله . فقد حاز محمداً الدار ، وهو حينئذ ، وفي يده البيع ، وهو سبب صحيح ، وبقي حازراً لدار خمس سنوات هي مدة التقادم القصير ، فلك الدار بهذا التقادم . نعرف أن الفقرة الثالثة من المادة ٩٩٩ من التشريع المدني الجديد تشترط أن يكون السبب الصحيح « مسجلاً طبقاً لقانون » . ولكن هذا شرط حادث . ففي القانون الفرنسي لا يشترط التسجيل ، وكان الأمر كذلك في عهد التشريع المدني المصري القديم لاسيما في العهد السابق على العمل بقانون التسجيل (قبل أول يناير سنة ١٩٢٤) .

نفترض أننا لا نزال في هذا العهد السابق حتى يستقيم لنا الفرض . فهل يمتنع على المالك الحقيقي بالتاريخ العرفي البيع ، ويرجع إلى خمس سنوات مضت عند يده المبادرة ، إلى أن يثبت بجميع الطرق أن هذا التاريخ قد قدم محمداً لتمام المبادرة في مدينتها وأن البيع لم يصدر في الحقيقة إلا بعد ذلك ؟ أو يعتبر أن هذا التاريخ العرفي ليس حجة عليه ، فلا يكلف نفسه فيه إثبات عدم صحته ، ويفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن البيع نال ليده المبادرة ، ويتسكك بوجود أن يكون تاريخ البيع ثابتاً ليكون حجة عليه ؟ ظاهر هنا أيضاً أن الرأي الأول — يمتنع عليه بالتاريخ العرفي البيع إلى أن يثبت عدم صحته — هو الرأي الصحيح . ومع ذلك فقد أجمع الفقهاء الفرنسي على الرأي العكسي (أوبري ورو طلبة خامسة جزء ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٤٧ — جيلزار فقرة ٥٦٧ — هيك ١٤ فقرة ٤٥١ — بودوي وتيسيه ٢٨ فقرة ٦٧٧ — بلانبول وريجر وبولانيه ١ فقرة ٣١٦٦ — محكمة النقض الفرنسية ١٨ يناير سنة ١٨٩٩ سي ١٩٠١ ص ١٠١ — ٤١٥ — انظر مع ذلك بوتييه فقرة ٩٩) . على أن الأمر ، إذا نظر إليه من الناحية العملية ، يدعو مبهور الحل . لعمد الذي يتسكك بالتقادم سبباً أنه حاز الدار خمس سنوات وكان في يده سبب صحيح منذ البداية ، وفي هذا إثبات لتاريخ البيع . فكيف يقال له بعبه ذلك : لا يجوز له أن ==



(٣) أن يكون « الغير »، خلفاً كان أو دائماً ، حسن النية. فإذا أسرع المشتري الثالث للمنفوق في إثبات تاريخ البيع الصادر له وهو يعلم أن البيع الأول سابق على حقه وان لم يكن ثابت التاريخ، فالمفاضلة لأول وهلة بين المشتريين تقضى بتفضيل المشتري الثالث ثابت التاريخ على المشتري الأول غير ثابت التاريخ. ولكن إذا استطاع المشتري الأول أن يثبت علم المشتري الثاني وقت شرائه المنقول سبق بيعه من آخر ، فانه يثبت بذلك أن المشتري الثاني ليس حسن النية ، فيختل في هذا المشتري الثاني شرط من شروط «الغير» ومن ثم يحتاج عليه بتاريخ البيع الأول وان لم يكن ثابتاً (٤).

== تثبت صحة هذا التاريخ العرفي ، ولا يجوز أن تحتاج على المالك الحقيقي إلا بالتاريخ الثابت ، وهو انما يثبت وثيقة مادية هي صدور البيع في تاريخ معين ! فليس المالك الحقيقي هو الذي يثبت عدم صحة التاريخ العرفي ، بل المتسلك بالتقادم هو الذي يثبت صحته ، وفي الفرضين لا يشترط أن يكون التاريخ ثابتاً . هذا ونلاحظ أن البيع في هذا المثل ، وفي المثل السابق أيضاً ، إنما ينتج أثراً ، بالنسبة إلى المالك الحقيقي أو بالنسبة إلى صاحب الدار المهاجرة ، باعتباره وثيقة مادية (fait matériel) لا باعتباره تصرفاً قانونياً (acte juridique) .

٢ - - - - - وبأن العقد الذي تم بين حل ومحمد هو عقد قرض ، فاقترض حل من محمد مبلغاً من النقود بورقة عرفية تاريخها غير ثابت . لاشك في أن زيدا - وهو شخص لا هو خلف هام ولا خلف خاص ولا دائن - يعتبر « غيراً » أجنبياً أصلاً عن القرض ، فلا يمتنع تاريخه في شيء . ولكن قد ينشأ ، بحكم ظروف لاحقة ، أن زيدا يتأثر بهذا القرض انتقاماً من حقوقه ( وفي المثل السابق كان التأثير من طريق زوال الحق إطلافاً ) ، فيجب له حل مالا ، ويشترط في الهبة أن يكون زيد الموهوب له يدهون الواهب الموجودة وقت الهبة . فهل يحتاج حل زيد في هذه الحالة بالتاريخ العرفي للقرض ، وهو سابق على الهبة ، فيلتزم زيد بوفاء هذا القرض ، إلا أن يثبت أن التاريخ العرفي للقرض قد قدم هذا ليكون سابقاً على الهبة وأن التاريخ الحقيقي لاحق لا سابق ؟ أو يعتبر زيد أن هذا التاريخ العرفي ليس حجة عليه ، فلا يكلف نفسه عبثاً إثبات عدم صحته ، ويعرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن القرض نال الهبة ، ويمتسك بوجوب أن يكون تاريخ القرض ثابتاً ليكون حجة عليه ؟ ظاهر هنا أيضاً أن الرأي الأول - يحتاج عليه بالتاريخ العرفي للقرض إلى أن يثبت عدم صحته - هو الرأي الصحيح (قارن في هذه المسألة لأوبري وروو ١٢ ص ٢٢٢) . (١) وقد أورد الأستاذ سليمان غرس في مقاله المنشور بمجلة القنانون والاقتصاد ( ١٤ ص ٢٨١ - ص ٢٨٢ ) تطبيقاً حسناً لهذا الشرط . فهو بعد أن قرر أن الدائن في الدعوى البولندية لا يعتبر « غيراً » ، استأثر اضراً على هذا الرأي فقال : « وقد يتوهم حل هذا الرأي بأن الدائن يستطيع ، بدلاً من الانتباه إلى الدعوى البولندية حيث تكلف بإثبات صلب صحة تاريخ المهرر المكتب لتصرف فلي أضربه ، أن يتجاهل حصول هذا التصرف ويعرض الحيز على المال المنصرف فيه باحتمال أنه لا يزال ملوكاً لهفته ، فيرتب له بالمعز حق خاص =

## ١٣٥ - ( ثالثاً ) الأوراق العرفية التي تخضع لقاعدة ثبوت

التاريخ : يخضع لقاعدة ثبوت التاريخ كل ورقة عرفية تعد للإثبات مقدماً كدليل كامل ، على أن يكون الدليل الكتابي واجباً ، وعلى أن يستقى من ذلك المخالصات .

ومن ثم لا تسرى هذه القاعدة في الأحوال الآتية :

١ - إذا لم تكن هناك ورقة عرفية أصلاً لإثبات التصرف القانوني . وذلك كما لو وجد تصرف قانوني غير مكتوب ، وأشير إليه في البيانات الواردة في ورقة رسمية ، فلا يقال إن لهذا التصرف القانوني تاريخاً ثابتاً هو تاريخ الورقة الرسمية ، لأن التصرف ذاته غير ثابت في ورقة عرفية .

٢ - إذا كانت هناك ورقة عرفية دليلاً كتابياً على التصرف ، ولكن هذه الورقة لم تعد مقدماً للإثبات . فبغائر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية لا تسرى عليها قاعدة ثبوت التاريخ . أما الرسائل فإذا أعدت مقدماً للإثبات سرت عليها القاعدة ، وكذلك إذا لم تعد مقدماً للإثبات متى صلحت أن تكون دليلاً كتابياً

---

على المال المحجوز عليه بحكم الغير بمضى المادة ٢٢٨ (م ٢٩٥ جديد) ، فيكفي أن يحصله بعدم ثبوت تاريخ المهرر المثلث للتصرف إذا أريد الاحتجاج به عليه . فيكون هذا المنصب في تفسير القانون مسلحاً لثلاثين على أن يسلكوا الطريق المخرج الذي يفضله لم سوء النية . ولكن يرد على ذلك . . . بأنه إذا كان الدائن حاصل على سته تنفيذي وأوقع المحجز بمقتضى هذا السند وتمسك بالمادة ٢٢٨ بصفته حاجزاً حتى لا يكون تاريخ التصرف العرفي حجة عليه ، فلأن المحصر إليه بهذا المهرر يجوز له أن يثبت على الدائن بهذا التصرف قبل توقيع المحجز ، فيثبت بذلك سوء نيته . ومن ثمة سوء نية الدائن فإنه لا يجوز له أن يستفيد من المادة ٢٢٨ ، لأن المشرع لا يمكن أن يمس سوء النية ، ولا أن يكون قد أراد بالمادة ٢٢٨ (م ٢٩٥ جديد) حماية الأشخاص الذين يتصرفون القانون سراً لا ارتكاب الفسق .

انظر في أن سوء النية هو مجرد علم والغير هو سبق وجود الورقة التي يراد أن يبيع بها عليه : بوردو وبارد ٤ فقرة ٢٢٧٤ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٣٥ - الأستاذ سليمان مرسى في أصول الإثبات فقرة ٦٨ - الأستاذ عبد المنعم فرج الهندي في الإثبات فقرة ١٣١ . وكثير من الفقهاء في فرنسا يذهبون إلى أنه لا يمكن مجرد العلم سبق وجود الورقة ، بل يجب أيضاً أن يكون الغير قد ارتكب خطأ كأن يكون قد توأما مع من صدرت منه الورقة إضراراً بمثل من يصحح بها : أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٤٥ - ص ٢٤٦ وحاشي رقم ١٢٧ - لاري سيور م ٦ ١٣٢٨ فقرة ٣٩ - بلانويك وديج وجيلول ٧ فقرة ١٤٨٥ .

كاملًا فانها تخضع لقاعدة ثبوت التاريخ استثناء عما تقدم<sup>(١)</sup>.

٣- إذا كانت هناك ورقة عرفية ، ولكنها ليست دليلاً كاملاً . وذلك كبداً للثبوت بالكتابة ، فهو ، قاعدة عامة لا يشترط فيه التاريخ الثابت على النحو المقرر في الدليل الكامل ، ليكون حجة على الغير . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في مبدأ الثبوت بالكتابة<sup>(٢)</sup>.

(١) وهذا ما يبدو أن الفقه الفرنسي يذهب إليه ويفرده دون مناقشة : انظر أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٠ (ثالثاً) ص ٢٩٧ - بودي وبارد ٤ فقرة ٢٣٧٧ - بلانول وريبير وجابول ٧ ص ١٥٠٥ - دي باج ( بلجيكي ) ٣ فقرة ٧٩٢ - انظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٧٩ - والأستاذ عبد المنعم فرج الهصة في الإثبات فقرة ١٣٢ ص ١٤٥ - ص ١٤٦ .

ونحن نتردد في التسليم بهذا الاستثناء . ذلك أن ثبوت التاريخ إنما اشترطه القانون في الأوراق العرفية حتى يتفادى بهذا الشرط نواظر أطراف الورقة على تقديم التاريخ الحقيقي أو تأخيرها . وهذا يقع أكثر ما يقع في الأوراق التي تعد مقعماً للإثبات ، فلها يتوجه الطرفان إلى هذه الحيلة وتبها لم الفرنسية في تغيير التاريخ الحقيقي . أما الورقة العرفية التي تستخدم للإثبات عرضاً دون أن تكون قد أعدت في الأصل لهذا الغرض ، فقل أن خطر في بال من حررها ، إذا غيى بكتابة تاريخها ، أن يقدم هذا التاريخ أو يؤخره . وإذا وقع ذلك ، أو وقع أن عمر الورقة أعظم غير حاد في التاريخ ، في هذه الأحوال النادرة لا يوجد مانع من القول بأن التاريخ العرفي الورقة - حتى لو كانت رسالة - يبي حجة على الغير ، ولغير بطبيعة الحال أن يثبت بجميع الطرق أن التاريخ العرفي الذي تحمله الرسالة غير صحيح ( انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٩٦ ، وقانون بودي وبارد ٤ فقرة ٢٣٧٩ ) .

(٢) ذلك أن مبدأ الثبوت بالكتابة يكون في الغالب ورقة لم تعد للإثبات مقعماً ، وقد ذكرنا أن الأوراق التي لم تبها للإثبات لا يشترط فيها ثبوت التاريخ . أما في فرنسا فيقع كثيراً أن ورقة عرفية تبها للإثبات دليلاً كاملاً لم تصلح إلا مبدأ ثبوت بالكتابة ، وذلك كالورقة التي تشبه على عقد ملزم للجانبين ولا تحرر من نسخ تصد قصد فنى المصالح المتغيرة ، وكالورقة التي تشبه على عقد ملزم لجانب واحد ولا تحمل عبارة الإعياد المعروفة ، فهذه تلك يشترط فيها ، حتى كبداً لثبوت بالكتابة ، ثبوت التاريخ ليكون هذا التاريخ حجة على الغير ، لأنها أعدت مقعماً للإثبات . فالعبرة إذن بالأعداد مقعماً للإثبات لا بأن الورقة دليل كامل أو مبدأ لثبوت بالكتابة ، فهناك دليل كامل لا يشترط فيه ثبوت التاريخ لأنه لم يعد مقعماً للإثبات كالدفاتر والأوراق الخزينة ، وهناك على العكس من ذلك مبدأ لثبوت بالكتابة يشترط فيه ثبوت التاريخ لأنه كان قد أعد مقعماً للإثبات كالورقة العرفية التي لم تصد نسخاً في القانون الفرنسي (قانون أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ - ٢٢٢ حاشي رقم ١٠١ (ثالثاً) - بلانول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٤٨٦ - دي باج ٣ فقرة ٨٩٣ ثالثاً - قانون أيضاً الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٩٦ ص ٩٣ - ص ٩٤ والأستاذ عبد المنعم فرج الهصة فقرة ١٣٢ ص ١٤٥) .

٤ - إذا كانت هناك ورقة عرفية تحبر دليلاً كاملاً ، ولكن الدليل الكتابي يكون غير واجب. ويتحقق ذلك في المسائل التجارية ، فهذه يجوز فيها دائماً الإثبات بالبينة والقرائن ، فإذا وجدت ورقة عرفية اتخذت دليلاً كتابياً فلا يشترط أن يكون تاريخها ثابتاً ليكون حجة على الغير<sup>(١)</sup> . ويتحقق ذلك أيضاً في الورقة العرفية المعدة للإثبات التزام قيمته لا تزيد على عشرة جنيهات ، لأن الإثبات الكتابي هنا أيضاً غير واجب<sup>(٢)</sup> . ويتحقق ذلك أخيراً فيها إذا كانت الورقة العرفية تثبت واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً : أو تصرفاً قانونياً يسرى في حق الغير باعتباره واقعة مادية<sup>(٣)</sup> ، ففي إثبات الوقائع المادية لا يجب الدليل الكتابي .

٥ - إذا كانت الورقة العرفية التي يقدمها الخصم دليلاً كتابياً كاملاً هي معالصة من دين ، فلا يشترط في المالحصات التاريخ الثابت لتكون حجة على الغير بتاريخها . وقد كان القضاء المصري في ظل التقنين المدني القديم<sup>(٤)</sup> ، وكذلك

(١) وبقره الأمر فيها لتقدير القاضي : أوبرى ورد ١٢ فقرة ٧٥٦ مكررة ص ٢٤٧ . ويرجع في ذلك إلى المعاطر التجارية والمراسلات وغيرها . أما المسائل التجارية التي أوجب القانون فيها الإثبات بالكتابة ، كالرهن التجاري ( م ٧٦ تجاري ) ، فيجب أن يكون التاريخ ثابتاً ليكون حجة على الغير ( بوقري وهاردي ٤ فقرة ٢٢٧٧ - الأستاذ أحمد نفحات في الإثبات ١ فقرة ٢٧٤ ) .

(٢) انظر حكس ذلك جوران ٢ فقرة ١٩١ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٦٦ ص ٩٤ هامش رقم ٣ - وفيه من البهتان أنه في الصور الأخرى التي لا يكون فيها الدليل الكتابي واجبا ولم توجه ورقة مزعومة للإثبات - كما إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة أو فقدت الكتابة بقوة قاهرة - لا محل للاشتراط التاريخ الثابت لأن الورقة العرفية ذاتها غير موجودة . وهذا الفرض يرد إلى الحالة الأولى حين لا تكون هناك ورقة عرفية أصلاً لإثبات التصرف القانوني ، وقد سبق ذكرها .

(٣) وذلك كالأشلة التي أوردناها في حالة الغير الأجنبي أصلاً ( *penitus extranei* ) حين يصح عليه تصرف قانوني باعتباره واقعة مادية ( البيع باعتباره تصرفاً من عناصر العقد بالشفعة أو باعتباره سبباً صحيحاً في التقادم القصير : انظر ص ٢٣٠ هامش رقم ١ ) .

(٤) استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٥٧ ص ١١٦ - استئناف غنط ٧ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٦ - محكمة الشن ١٧ فبراير سنة ١٩١٥ المحبوبة الرسمية ١٧ رقم ٥٧ . ومع ذلك إذا علت محاسبة بين الغير ومالك الإيصالات غير ثابتة التاريخ ، فلا يجوز لمالك الإيصالات الادعاء بإيصالات أخرى قد سبها عليه إدماعاً في الحساب ، إنما يجوز الأخذ بها إذا كانت ثابتة التاريخ وسابقة على تاريخ المحاسبة ( محكمة مصر لوطية ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٧١ ص ٨٢١ ) .

القضاء في فرنسا ، يستثنى المخالفات من قاعدة ثبوت التاريخ ، لما في اشتراط التاريخ الثابت في المخالفات من صعوبات عملية <sup>(١)</sup> . فمن اشترى دلوأ مؤجرة سرى في حقه المخالفات بالأجرة الصادرة من البائع للمستأجر ولو لم تكن ثابتة التاريخ ، إلا إذا كانت الأجرة عن مدة مستقبلية تزيد على ثلاث سنوات فيشترط التسجيل . والدائن الذي يحجز بحب يد مدين المدين حجز ما للمدين لدى الغير يحتاج عليه بالتاريخ العرفي للمخالفات الصادرة من المدين ، فتسرى هذه المخالفات في حقه إذا كان تاريخها سابقاً على الحجز <sup>(٢)</sup> . وفي جميع الأحوال يجوز للغير الذي يحتاج عليه بالتاريخ العرفي للمخالصة أن يثبت بجميع الطرق أن هذا التاريخ غير صحيح وأنه قدم أو أخر غشاً من طرف المخالصة للاضرار بحقه . وقد أقر التقنين المدني الجديد هذا الاستثناء بنص صريح ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٣٩٥ على أنه يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف ، ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالفات . فجعل النص التقدير إلى القاضي في خصوص المخالفات ، إن رأى أن هناك صعوبات عملية كافية تمنع من توافر التاريخ الثابت لم يطلبه ، وإلا أنضح المخالفات كغيرها من الأوراق العرفية للقاعدة العامة وطلب فيها التاريخ الثابت لتكون حجة بهذا التاريخ على الغير <sup>(٣)</sup> و <sup>(٤)</sup>

(١) ولأن المخالفات تعتبر عادة عملاً من أعمال الإدارة ، وهذا بخلاف القواعد المخلولة أو الإبراء من الدين أو التجديد أو الصلح أو نحو ذلك فهذه أعمال تصرف : انظر في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٢٣ - ص ٢٢٥ .

(٢) بلانيزول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٦ - وانظر في أن المحجوز لديه لا تحوط شبهة إذا قدم مخالصة حتى بعد توقيع الحجز ، وتحوط الشبهة المخالط عليه في حوالة الحق إذا لم يقدم المخالصة منه إعلانه بالحوالة أو حطب هذا الإعلان ، إل أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٢٧ - ص ٢٢٨ وحاشي رقم ١٢٢ .

(٣) انظر الأستاذ جبه الميم لمرج المدة في الإثبات فقرة ١٣٣ - هذا وقد جادل في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيد في هذا المصداق بأن : وقد سبق أن أثار البعض بوجوب استثناء المخالفات من أحكام ثبوت التاريخ بخصي نص خاص استناداً إلى ما جرى عليه القضاء . وقد أقر القضاء من عهد بهد عرف لصالح في عدم اشتراط ثبوت المخالفات انحصاراً لثبوتات - بيد أن نطاق هذا الحرف يقتارل المخالفات المادية فحسب دون المخالفات التي ترتب حقا في المخلول . وذلك احتاط المشروع للفرنسي الإيطال (م ٧٨٢) فجعل للقاضي سلطة تقديرية بعد في أمالها بما يرضى من ظروف ، وقد دعى احتفاء هذا المشروع ( مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٢٧٤ - ص ٢٧٥ ) .

—

(٤) هذا وهذا هذه الأحوال الخمس هناك حالتان :

١٣٦ - (أبدا) الطرق القانونية التي يصبح بها التاريخ ثابتاً :  
الأصل أن التاريخ العرفي للورقة جزء من هذه الورقة العرفية ، فمضمونه هو  
أيضاً جزء من الاتفاق الذي تشهد به هذه الورقة . فطرقا الورقة قد اتفقا ، فبما  
اتفقا عليه ، حل أن يكون تاريخ اتفاقهما هو كذا . ومن ثم كان هذا التاريخ  
العرفي حجة عليهما ، شأنه شأن سائر أجزاء الاتفاق (١) . ولكل منهما أن يثبت  
عدم صحة هذا التاريخ بالطرق المقررة قانوناً كما سبق القول . أما الغير ، حل  
التحديد الذي بسلطانه ، فهذا التاريخ العرفي ليس حجة عليه . بل إن هناك قرينة  
قانونية غير قابلة لإثبات العكس أن هذا التاريخ العرفي ، بالنسبة إلى الغير ،  
ليس صحيحاً . ولا يستطيع الطرفان إثبات التاريخ الصحيح في مواجهة الغير إلا  
بطريق من الطرق التي حينها القانون ، وهي الطرق التي يصبح بها التاريخ ثابتاً  
فيكون حجة على الغير .

== (في إحداها) قد يوجد التاريخ الثابت ، ومع ذلك لا يمكن ليكون حجة على الغير . وهي  
الحالة التي سبق أن ذكرناها من ما يتطلب القانون إجراء آخر لحجية على الغير ، كال تسجيل  
والقبض وإعلان الحوالة أو قبولها . وقد جدد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا المبدأ  
ما يأتي : « إن المادة ٥٣٠ من المشروع لا تطبق إذا كان الغير قد كفلت له الحماية بقطع  
نصوص خاصة ، كالنصوص المتعلقة بالحوالة أو التسجيل أو التسليم في تلك المقتولات » (مجموعة  
الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٢) .

(وفي الحالة الأخرى) حل العكس من الحالة الأولى قد لا يوجد التاريخ الثابت ، ومع ذلك  
يمكن للتاريخ العرفي ليكون حجة على الغير . ويتحقق ذلك إذا لم يتسلك الغير بوجوب أن يكون  
التاريخ ثابتاً ونزل من حقه في ذلك حل نحو واضح لا ليس فيه . وذلك أن قاعدة ثبوت التاريخ  
إنما وضعت لحماية الغير ، ليس ليست قاعدة من النظام العام . ومن ثم يجوز للغير عدم التسلك بها  
والتسليم بالتاريخ العرفي الذي يتجس به عليه (أوبري دود ١٢ لفقرة ٧٥٦ ص ٢٤٥ - بلانجيل  
دودير وجابول ٤ فقرة ١٤٨٦ - ميدان دود ٩ فقرة ١٢٢٢ ص ٣٠٤) . وقد جدد في  
المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا المبدأ ما يأتي : « إن المادة ٥٣٠ من المشروع  
لا تطبق ... إذا كان من يتجس عليه بالتاريخ قد أعترف بصحة صراحته أو غشاً أو تنازل عن  
التسلك بعدم طلبه الرابع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٢) .

(١) وهناك فرق بين طبيعة التاريخ العرفي الذي تحمله الورقة العرفية وطبيعة التاريخ الرسمي  
للتاريخ الأول جزء من الاتفاق كما قلنا ، فهو جزء من المصروف القانوني . أما الثاني فوالتة  
ملعبة يتلها بها الموظف العام الذي تولي توثيق التاريخ : أنظر في هذا المعنى أوبري دود ١٢  
لفقرة ٥٦ ص ١٢٧٠ ملحق رقم ١٠٩ .

وقد ذكر التفتين الجديد من هذه الطرق خسة حل وجه التحديد ، ثم حم بعد هذا التخصيص فذكر أن التاريخ يكون ثابتاً من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه . ومن ثم يكون التاريخ ثابتاً حل وجه من الوجوه الآتية :

(١) من يوم أن تقيد الورقة العرفية بالسجل المعد لذلك . وقد نظمت اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق الطريق العادي لإثبات التاريخ على هذا الوجه . فنصت المادة ٣١ من هذه اللائحة على أن تقوم مكاتب التوثيق بعد أداء الرسم المقرر بإثبات تاريخ المحررات العرفية بكتابة محضر يثبت فيه تاريخ تقديم المحرر ورقم إدراجه في الدفتر المعد لذلك ، ويختم بخاتم المكتب ، ويوقعه الموثق . ذلك أن هناك في مكتب التوثيق دفترٌ تدرج فيه المحررات التي أثبت تاريخها بأرقام متتابعة ، ويبين في هذا الدفتر أسماء ذوى الشأن ومحال إقامتهم وموضوع المحرر وأداء الرسم ، ويوقعه الموثق وصاحب الشأن عند تسليم المحرر (م ٣٢ من اللائحة) ، كما يوجد دفترٌ جهائى للقهارس (م ٣٣ من اللائحة) . ويسلم مكتب التوثيق شهادة لمن يطلبها بحصول إثبات تاريخ الورقة العرفية (م ٣٤ من اللائحة) .

هذه هي الإجراءات العادية لإثبات التاريخ من طريق قيد الورقة العرفية بسجل معد لذلك . وتوجد طرق أخرى لقيد الورقة العرفية في سجل رسمى فيكون تاريخها ثابتاً من يوم هذا القيد ، نذكر منها طريقتين : التصديق على التوقيعات والتسجيل .

وقد نظم قانون التوثيق أيضاً التصديق على التوقيعات . فنصت المادة ٢١ من لائحته بأن يقوم الموثق بالتصديق على توقيعات ذوى الشأن في المحررات العرفية ، بحضور شاهدين بالغين عاقلين معروفين له بتأكد بشهادتهما من شخصية ذوى الشأن . ويوقع هؤلاء أمام الموثق على الورقة العرفية ، ويكتب الموثق محضراً في ذيل الورقة يذكر فيه أسماءهم ومحال إقامتهم وحصول التوقيع منهم أمامه وأسماء الشهود ومنهم ومحال إقامتهم . ويوقع هذا المحضر الشهود والموثق ، ثم يوضح عليه خاتم المكتب ورقم إدراجه في دفتر تدرج فيه محاضر التصديق على التوقيعات بأرقام متتابعة (م ٢٤ - ٢٥ من اللائحة) . وعند إتمام

التصديق سلم الورقة العرفية إلى صاحب الشأن ، ويصبح تاريخ الحضر الملون ليها هو تاريخها الثابت .

والتسجيل إجراء آخر لإثبات التاريخ ، عن طريق قيد الورقة العرفية في سجل معد لذلك . وهنا القيد يكون كاملاً ، ويتم التسجيل الآن بالتصوير الفوتوغرافي . فكل ورقة عرفية مسجلة تكون ثابتة التاريخ من يوم تسجيلها على الأقل . بل إنه لما كان التسجيل لا يكون إلا بعد التصديق على التوقيع ، فلتاريخ الورقة المسجلة يثبت من يوم التصديق على التوقيع ، ولا يتأخر إلى يوم التسجيل .

(٧) من يوم أن يثبت مضمون الورقة العرفية في ورقة أخرى ثابتة التاريخ . وذلك بأن تذكر الورقة العرفية ، مع تحديد موضوعها تحديداً معيناً لها مانعاً للبس ، في ورقة رسمية - لأن الورقة الرسمية ثابتة التاريخ بحكم رسميتها كما قلنا - أو في أية ورقة عرفية تكون ثابتة التاريخ بهذه من الوجه القانوني . وعند ذلك تكسب الورقة العرفية تاريخاً ثابتاً هو التاريخ الثابت للورقة الأخرى التي جرى فيها ذكر الورقة الأولى<sup>(١)</sup> . مثل ذلك أن يذكر في ورقة تثبت عقد بيع - رسمية

(١) وفي فرنسا - حيث انقصر النص على ذكر الورقة الرسمية لإثبات مضمون الورقة العرفية بما كطريق من طرق إثبات التاريخ ، ولم يذكر النص إلى جانب الورقة الرسمية الورقة العرفية ثابتة التاريخ كما ذكر نص التقنين المصري ذلك - طلب الرأي المختار بأن الموطأ العام يجب أن يكون قد اطلع على الورقة العرفية عند إيراد مضمونها في الورقة الرسمية (انظر لوران ١٩ فقرة ٢٨٥ - ص ١٥٣ باج ٣ فقرة ٧٩٧) . أما في مصر - حيث يجوز إثبات تاريخ ورقة عرفية من طريق ذكر مضمونها في ورقة عرفية أخرى تكون ثابتة التاريخ - فلا يشترط إذن الاطلاع على الورقة العرفية الأولى لا عند إيراد مضمونها في الورقة العرفية الثابتة التاريخ ولا عند إيراد مضمونها في الورقة الرسمية (انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٧١ مكرر ص ١١٠ - ص ١١١) . ولإيراد مضمون ورقة عرفية في ورقة أخرى ثابتة التاريخ يسجل تاريخ الورقة الأولى ثابتاً ، ولكن لا يثنى من تقديم الورقة ذاتها ولا يمكن بمضمونها الواردة في الورقة الأخرى ، فالانطلاق الشفوي لا يكسب تاريخاً ثابتاً إذا ورد مضمونه في ورقة ثابتة التاريخ (الأستاذ عبد الله مخرج الفسحة في الإثبات ص ١٥٣ - ص ١٥٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأن ورود المهر العرفي في محرر آخر ثابت التاريخ من شأنه أن يجعل ثابت التاريخ من يوم ثبت التاريخ الذي ورد فيه (نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٥٠ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٦ ص ١١٤) .



أو عريفة مصلق فيها حل التوقيع - توكيل عري صادر من البائع إلى وكيل يبيع بالنيابة عنه، فهذا التوكيل العري إذا كان غير ثابت بالتاريخ يصبح، بذكره في ورقة البيع ثابتة التاريخ، ذا تاريخ ثابت هو تاريخ ورقة البيع<sup>(١)</sup>.

(٣) من يوم أن يؤشر على الورقة العريفة موظف عام مختص. مثل ذلك أن تقدم الورقة العريفة في قضية فيؤشر عليها القاضي أو كاتب الجلسة، أو تقدم في تحقيق فيؤشر عليها المحقق، أو تقدم في جرد رسمي فيؤشر عليها مندوب الجرد، أو تقدم لصرف نقود بها فيؤشر عليها مندوب الخزنة العامة. وتكتب المراسلات المسجلة تاريخاً ثابتاً هو تاريخ ختم مصلحة البريد إذا أمكن التثبت منه بالرجوع إلى السجلات الرسمية التي سجلت فيها هذه المراسلات. أما المراسلات غير المسجلة فلا يثبت تاريخها من ختم مصلحة البريد، لأنه لا توجد سجلات رسمية يمكن الرجوع إليها للتثبت من صحة التاريخ. والتاريخ الذي يضعه المحكون في أحكامهم لا يعتبر تاريخاً ثابتاً<sup>(٢)</sup>، وكذلك تأشير التاجر على ورقة عريفة وذكره الورقة في حضر أعماله لا يكتب تاريخاً ثابتاً، لأن المحكين والتجار لا يعرفون موظفين معينين ولا يمكن التثبت من صحة التاريخ الذي وضوه على الورقة العريفة<sup>(٣)</sup>. هذا ما لم يكن التغير موثقاً عاملاً، كما هو شأن التجار والموظفين في وزارة العدل.

(٤) من يوم وفاة أحد من لم حل الورقة العريفة أثر منصرف به من شرط أو إضفاء أو ختم أو بصمة أصبح. أما الخط والإضفاء المخرق بصلوزها من الشخص المتوفى فأمرهما واضح، ذلك أن الورقة العريفة التي تحمل خطأ أو إضفاء لشخص متوفى لا بد أن تكون قد صدرت قبل وفاة هذا الشخص، فتاريخها

(١) ولكن التاريخ الثابت لتوكيل لا يكتب التصرفات ذات التاريخ للاطلاع إلى أمرت بنسب حل هذا التوكيل تاريخاً ثابتاً (استئناف مخطوط ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٤٩). كذلك موت الموكل لا يصل لصرف أمضاء التوكيل نيابة عنه تاريخاً ثابتاً (استئناف مخطوط ٢٢ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٩٦).

(٢) وقد نفست محكمة الاستئناف الأهلية بعدم اعتبار التاريخ الذي يضعه المحكون في أحكامهم تاريخاً ثابتاً رسمياً، فيجوز الطعن فيه بكل طريق القانونية بما فيها قرآن الأحوال (٨ نوفمبر سنة ١٩١٥ المبيعة الرسمية ١٧ دلم ٢٨).

(٣) المرجع للعرف ص ٢٧١ د ص ٢٧٢. انظر عكس ذلك الأستاذ أحمد نفحات في الإقدمات ١ قرة ٢٨٨.

ثابت من وقت الوفاة<sup>(١)</sup> . ويسعى أن يكون الشخص المتوفى طرفاً في الورقة أو شاهداً أو كفيلاً أو غير ذلك ، فالحكمة القائمة في جميع هذه الأحوال<sup>(٢)</sup> . على أن مجرد وجود خط لشخص متوفى في الورقة لا يكفي لإثبات التاريخ ، بل يجب أيضاً أن تكون الورقة قد وقعت منذ وجود هذا الخط ، إذ يحتمل أن يعهد إلى شخص في كتابة ورقة عرفية فيكتبها ، ولكنها تبقى مشروعاً دون توقيع إلى أن يتوفى الكاتب ، ثم يوقع ذؤو الشأن الورقة بعد وفاته ، فلا تكون الورقة ثابتة التاريخ من يوم الوفاة . وهذا ما لم تكن الورقة تعتبر دليلاً من غير توقيع ، كالتأشير على سند الوفاء .

بني الختم وبصمة الأصبع . أما أن الختم يثبت تاريخ الورقة التي تحمل بصمته ، فأمر كان مقرراً في التقنين المدني الأمل السابق ، وتابعه في ذلك التقنين المدني الجديد . وهو محل للنظر ، إذ أن بقاء الختم بعد وفاة صاحبه وإحتمال التوقيع بهذا الختم بعد الوفاة شيء يقع . وقد كان التقنين المدني المختلط لا يذكر أن ختم المتوفى يثبت تاريخ الورقة العرفية<sup>(٣)</sup> . ومهما يكن من أمر فانه يجوز ، بالرغم من وجود بصمة الختم في الورقة ، إثبات أن التوقيع بالختم لم يتم إلا بعد الوفاة<sup>(٤)</sup> .

(١) يفرض أن يكون وقت الوفاة ثابتاً ، كأن يدل عليه شهادة مستعجلة من سجل الوفيات (استئناف مخطط ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٢) .

(٢) استئناف مخطط ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٥٩ — ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٢ ص ٢٢٥ .

(٣) وقد جرى القضاء المختلط على عدم الاعتراف بعبور التاريخ عن طريق بصمة ختم المتوفى ، ولو ثبت أن الختم قد أحده بمجرد الوفاة (استئناف مخطط ٧ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ١٥٠ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨ — انظر أيضاً : ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٢ — أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥٨ — ١٦ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٠) .

(٤) وحده مسألة واقع تقدمها محكمة الموضوع (تقضى على ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٣ مجردة عمر ١ رقم ١٢٠ ص ٢٠٦) . وما يدل على سهولة التمايل على إثبات التاريخ عن طريق بصمة ختم المتوفى أن قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ — وقد نص على استثناء المهرات العرفية من أحكامه — كان تاريخها ثابتاً قبل العمل به — لم يكن يصدر حتى بإحدى النسخ إلى إثبات تواريخ مفردتها عن طريق تزوير بصمة ختم الشخص متوفى ، وانظروا على هذا المضمرة طريقة . أصدر القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ يقضى بأنه لا يتبل به ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ تسجيل المهرات المختصم ذكرها والتي لا يستت في إثبات تاريخها إلا إلى وجود إضاء أثر ختم فيها لإسكان —

وبصمة الأصبع أدنى من بصمة الختم ، فهي أقرب إلى إثبات تاريخ الورقة العرفية التي تحمل هذه البصمة لشخص متوفى . على أن احتمال توقيع الورقة العرفية ببصمة شخص متوفى بعد وفاته لا يزال قائماً وإن كان احتمالاً بعيداً ، وهو أبعد على كل حال من احتمال التوقيع بالختم بعد وفاة صاحبه<sup>(١)</sup> .

(٥) من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من لم على الورقة العرفية أثر معروف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أصبح أن يكتب أو يهضم لطة في جسمه . وللمثل المؤلف لهذه الحالة أن يتر يد شخص في تاريخ معروف ، فتكون الورقة العرفية التي وقعها بيده قبل أن يتر ذات تاريخ ثابت هو تاريخ هذا البتر . وهذا صحيح بالنسبة إلى الخط والإمضاء وبصمة الأصبع . أما الختم فيمكن التوقيع به بعد بتر اليد ؛ بل بعد بتر اليدين معاً ، إذ يجوز أن يقع به غير صاحبه ، فلا تكسب الورقة منه تاريخاً ثابتاً في المثال المتكلم . وقد تكون العلة في الجسم التي تستحيل معها الكتابة شيئاً آخر غير البتر كالخلل .

وقد علم القنطين للملنى الجديد بعد التخصيص كما قلنا ، فذكر أن الورقة العرفية تكون ثابتة التاريخ من يوم وقوع أى حادث آخر - غير الحادث التي تقدم ذكرها - يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه . مثل ذلك الجنون العارض ، فقد يقع شخص سليم العقل ورقة عرفية ، ثم يصاب بالجنون بعد ذلك ، فن يوم ثبوت عزله في مستشفى أو في مكان آخر يكون تاريخ الورقة ثابتاً ، مع أن الجنون ليس علة في الجسم - وهذا ما اقتصر النص على ذكره - بل هو علة في العقل<sup>(٢)</sup> .

نوف ٥ . والمظهر من القضية بين الإضفاء والختم في حجة الزور أن النص لجأ أيضاً إلى زور إضفاءات المتوفى كما زوروا أعطاهم . وانضقت أحكام هذا القانون الأخير إلى قانون الشهر الصادر الذي حل محل قانون التسجيل (الفرق في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أسرار الإثبات ص ١١٣ حاشي رقم ١) .

(١) المرجع المذكور ص ٦٧٠ - ص ٦٧١ .

(٢) كما يذكر في ثبوت التاريخ تقدم الورقة في قضية بحثتنا لها للرافعة ولو لم يظهر عليها ما يهده ذلك (محكمة الاستئناف العرفية ٢١ يناير سنة ١٩٣١ المحلقة ١١ رقم ٤٨٩ ص ٩٧٥ - انظر أيضاً محكمة النقض المدايرة المدنية في ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ بمجموعة ص ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١) . ويجوز التاريخ الثابت لورقة في هذه الحالة وقت تقديمها إلى المحكمة ،

وقد كان التقنين المذموم السابق يفسره الفقه والتفهام على النحو الذى قدمناه . فهو ، بالرغم من أنه لم يورد فى المادة ٢٢٩/٢٩٤ إلا بعض طرق إثبات التاريخ - قيد الورقة فى سجل علم وأثر محترف به لشخص متوفى وتأشير على الورقة من موظف عام مختص - فلان هذه الطرق لم تحمل على أنها وردت على سبيل المحصر . ومن ثم لا يكون هنالك فرق بين التقنين القديم والتقنين الجديد فى طرق إثبات التاريخ <sup>(١)</sup> .

== وبهذا فلهذه بشهادة من قلم الكتاب (الصفحات مخطوط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٥٥) . وقد قست محكمة النقض أيضا بأن الفقه لما ذكره الطرفان معجداً فى إشارات رسمية ، فلهذه يكتب التاريخ لكاتب هذه الإشارات ( نقض مدعى ١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ بمجموعة مر ١ رقم ١١٩ ص ٢٠٥ ) .

ويمكن القول أن ثبوت علم « الغير » بالورقة البرقية ، يجعلها تاريخاً ثابتاً له حجية على هذا الغير من وقت طبعه بالورقة . وما يساعد على هذا القول ما قدمناه من أن قاعدة ثبوت التاريخ ليست من النظام العام ، ليجوز أن يثبت « الغير » بصحة التاريخ بحسب الثابت أو ينزل عن الأصل بوجوب أن يكون التاريخ ثابتاً . أما فى فرنسا فيسبب القول بذلك ، لأن طرق إثبات التاريخ هنالك مذكورة على سبيل المحصر كـ « سرى » ( أنظر فى هذا الخصوص من إشارات التاريخ بالقبول وديجير وجابوت ٧ لفتر ١٨٤٥ - بيان ٩ روبر ٩ لفتر ١٢٢٢ ص ٢٠٤ ) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للفروع والتهديد فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد توسع الفقيه الإيطالى فى بيان الوسائل التى تقدمت الإشارة إليها . وذكر من بينها بوجه خاص حالة طرود . جبر جيبلى يحول دون الكتابة ( كبر الأعضاء أو الشلل الكلى ) . أما التقنين المراكشى ( م ٤٢٥ ) والفروع الفرنسى الإيطالى ( م ٢٨٣ ) فلهذا آخر سرد هذه الوسائل على سبيل المثال ، حتى يفسر للقاص أن يعد مسائل ما لم يجد فى النص من الأمارات البينة الدالة على أسبقية لتاريخ الورقة البرقية . مهيد أنه ينبغي التنويه بأن كثافة الفرض الذى كان يرمى إليه التقنين المضمون والتقنين الفرنسى ، وسد ذرائع الحكم ، يوجهان على القاصى عدم الاجتزاء بتأسيس حكمه على وقائع يترجم منها مجرد احتمال مطابقة التاريخ الواقع ، وبقتضياته تسبب حكمه وإسناده إلى وقائع قاطبة . ولذلك استظهر المفروض دلالة المقصود فى مبدأ الشأن فنص على أن التاريخ يكون ثابتاً (من يوم وقوع أى حادث مماثل من حيث الطبيعة يكون قاطعاً فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوع هذا الحادث) ، عطفاً على المادة ٤٢٥ من التقنين المراكشى = ( مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٢٧٤ ) .

(١) وتالياً لذلك قست محكمة النقض بأن وسائل إثبات التاريخ الواردة بالمادة ٢٢٩ مدعى (قديم) ليست واردة بها على وجه المحصر . فلذا قدمت ورقة ما فى قضية ، وتناولتها المرافعة بالمجلس التى نظرت فيها تلك القضية ، فهنا يكفى لاجتبار تاريخ الورقة ثابتاً من يوم تلك الجلسة ( نقض مدعى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ بمجموعة مر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ وهو الحكم الذى سجلت الإعلانية إليه ) . وقست محكمة الاستمعية الكلية الوطنية بأن المادة ٢٢٩ مدعى (قديم) لم تذكره

أما التقنين المدني الفرنسي فقد اقتصر على طرق ثلاثة لإثبات التاريخ، ذكرها على سبيل المحصر ، وهي :

- (١) تسجيل الورقة العرفية وفقاً لإجراءات معينة (enregistrement)
- (٢) ذكر مضمون الورقة العرفية في ورقة رسمية (٣) توقيع معترف به من شخص متولى ، طرفاً كان أو شاهداً<sup>(١)</sup>.

ومضى ثبت التاريخ على وجه من الوجوه المتقدمة الذكر في التقنين المدني المصري ، صار هذا التاريخ الثابت هو الحججة على الغير ، لا التاريخ العرفي الذي يسبقه . ولكن تصبح حججته على الغير أقوى من حججة التاريخ العرفي على طرفي الورقة ، ذلك أن الغير لا يستطيع أن يدحض حججة التاريخ الثابت

= طرق إثبات التاريخ على سبيل المحصر ، وعلى ذلك يجوز أن يكسب المهر تاريخاً ثابتاً إذا ورد ذكره في محرر رسمي (٢٥ يونيو سنة ١٩٢٩ المجلد ٩ رقم ٦٠٧ ص ١١٢٢) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن المشرع المصري ، على خلاف المشرع الفرنسي ، يعتبر وسائل إثبات التاريخ المنصوص عليها أمانة يجوز التماس عليها (٢١ يناير سنة ١٩٣١ المجلد ١١ رقم ٤٨٥ ص ٩٧٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة ببيوت التاريخ من ذكر أن الورقة قست لحراسة المحكمة لتسليم الرسوم (أول مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٣٨) وببيوت تاريخ عملية ورد ذكرها في دفتر من دفاتر التجار المنتظمة (١٩ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠١) . وقد ورد في الموجز للمؤلف (ص ٦٧١ - ص ٦٧٢) في هذا المعنى ما يأتي : « على أن الطرق الثلاثة المتقدمة لم تذكر على سبيل المحصر ، فكل طريق آخر يمكن التثبت به من تاريخ السند العرفي يصلح طريقاً لإثبات تاريخ هذا السند » .

وسمع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في بعض أحكامها بأن وسائل إثبات التاريخ (في التقنين السابق) قد وردت على سبيل المحصر : استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٧٥ - ٣٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٨ . وقضت محكمة أبو حمص بأن النشر عن ضياح عقد في إحدى الصحف ليس من طرق إثبات التاريخ المنصوص عليها قانوناً، وهي على الرأي الراجح واردة في المادة ٢٢٩ مدني (قديم) على سبيل المحصر (٣٠ يناير سنة ١٩٣٤ المجلد ١٥ رقم ٢/٢٨ ص ٦١) . ولعل هذا يفسر ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي من أن « وسائل إثبات التاريخ » . وردت في التقنين المصري (م ٢٩٤ مختلط) والتقنين الفرنسي (م ١٢٢٨) على سبيل المحصر ، تمييزاً لتثبت الغير من ذلك ، ودفعاً لتسليم القضاء . بيد أن الفقه ينسب على مذهب المحصر هذا جموده ، ولا سيما أنه يقتضي بطبيعة الحال عدم التوسع في تفسير النصوص « (بجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٣٧٤) » .

- (١) أوبري دور ١٢ ص ٢٤٣ - ٢٤٤ - بودري وبارو ٤ فترة ٢٣٦٩ - بلانويول وديير وجابول ٧ فترة ١٤٨٥ . وانظر أيضاً فترة ١٤٨٣ حيث ينطوئ الساسة المصرية في حصر طرق إثبات التاريخ .

إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، أما من كان طرفاً في الورقة فيستطيع أن يدحض حججة التاريخ العرفي بإثبات أن هذا التاريخ غير صحيح دون حاجة إلى الطعن بالتزوير . وإذا قام تنازع بين ورقتين لهما تاريخ ثابت في يوم واحد ، فإن أمكن تعيين الورقة الأسبق فضل صاحبها . ويتحقق ذلك إذا كان طريق ثبوت التاريخ بالقيء في السجل ، وعينت ساعة القيء أو أعطيت الوردتان رقمين متسلسلين ، فالورقة الأسبق في الساعة أو في الرقم المتسلسل هي التي يفضل صاحبها . وإذا لم يمكن تعيين الورقة الأسبق ، كما لو كانت الوردتان قد وقعتهما شخص واحد توفى واتخذ تاريخ وفاته تاريخاً ثابتاً لكل من الوردتين ، فصاحب الورقة المكلف بإثبات أسبقيته يتقدم عليه صاحب الورقة الأخرى لأن الأول قد حجز عن إثبات هذه الأسبقية (١) .

### المطلب الثالث

حججة الورقة العرفية فيما يتعلق بالصور

١٢٧ - الأصل أنه يجب لصور الأوراق العرفية : رأينا فيما تقدم أن صور الأوراق الرسمية لها قوة متساوية في الإثبات ، مع أن الصورة لا تحمل توقيع من صدرت منه الورقة والتوقيع هو الذي تتركز فيه قوة الإثبات . وتعليل ذلك كما رأينا يرجع إلى أن صورة الورقة الرسمية هي أيضاً ورقة رسمية يقوم بتحريرها موظف رسمي مختص ، فتضمن عليها رسميتها من الثقة ما يجعل لها قيمة في الإثبات تتفاوت قوة وضعفاً .

أما صورة الورقة العرفية فليست لها في الأصل أية قيمة في الإثبات ، ولو كبداً لثبوت بالكتابة . فهي لا تحمل توقيع من صدرت منه الورقة . وهي في الوقت ذاته ليست ورقة رسمية حتى تضمن عليها رسميتها شيئاً من الثقة . ولا قيمة لصورة الورقة العرفية إلا بمقدار ما تهدي إلى الأصل إذا كان موجوداً ، فيرجع إليه ، وتكون الحجة للأصل لا الصورة . أما إذا كان الأصل غير

---

(١) أهرود ورد ١٢ ص ٢٤٦ — وانظر أيضاً الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات  
فقرة ٧٥ ، والأستاذ عبد المنعم فرج الصلة في الإثبات فقرة ١٤٠ .

موجود ، فلا سبيل للاحتجاج بالصورة ، لما قدمناه من أنها لا تحمل التوقيع ومن أنها ليست ورقة رسمية ، ولجواز أن تكون الصورة محرقة أو أن يكون الأصل مزوراً فلا يتيسر الاهتمام إلى التزوير بالاختصار على الصورة<sup>(١)</sup> . وهذا صحيح حتى لو كانت الصورة المأخوذة من الأصل صورة فوتوغرافية<sup>(٢)</sup> .

وغنى عن البيان أن صور الصور للورقة العرفية ليست لها هي أيضاً ، من باب أولى ، أية قيمة في الإثبات .

(١) استئناف مخطوط ٢٥ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٥٧ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢١١ - ٢٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٨٥ - ٣ يولية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٣ - ٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٤ - ١٦ نولبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٥ - ٥ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٥ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٦٦ - ١٧ يولية سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٣٩ - ٢٣ يولية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٦١ - ١٤ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٧١ . محكمة جرجا ١٦ يولية سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٤٥ .

عل أن محكمة الاستئناف المخططة قد نفتت بأنه إذا ثبت وجود مسئلة في ملف الدعوى بمحكمة أول درجة ، وقد اعطى هذا المسئدة من الملف لها بعد ، فإن ترجمة هذا المسئدة ، المصدق عليها من السلطة المختصة والتي نفتت إلى محكمة أول درجة قبل المرافعة ، يصح أن يكون لها من قوة الإثبات أمام محكمة الاستئناف ما للأصل المفرد (استئناف مخطوط ٩ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٣٨) . هذا ويجب تقديم أصل الورقة كدليل للإثبات إلى محكمة الموضوع . فإذا قدمت صورة فوتوغرافية لمقدم عرف لم يسجل ، واستبعدتها محكمة الموضوع ، لا تكون قد خالفت لقانون . وإذا أريد بعد ذلك تقديم الأصل لأول مرة أمام محكمة النقض ، فلا يصح ذلك لأنه لا يجوز قبول مستندات جديدة أمام محكمة النقض (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ - ٦١٢ - المحاماة ٢٩ رقم ٢١٠ ص ٣٩٤) .

انظر أيضاً في هذا الموضوع أوبري ورو ١٧ ص ٢٨٠ - بونيه ٢ فقرة ٧٩٣ - ديمولوب ٢٩ فقرة ٦٧٧ - فقرة ٦٨٠ - بلانويول وريير وجابوله ٧ فقرة ١٤٠٧ .

(٢) وقد يقال إن الصورة الفوتوغرافية أدل على الأصل من الصورة المكتوبة . وهذا صحيح ، ولكن التصوير الفوتوغرافي لا يثنى كل شبهة ، ولا يمكن حتى مع التحقق من أن الأصل غير مزور . فالصورة الفوتوغرافية غير الورقة الأصلية التي تظهر في حالتها الطبيعية ، بما قد يعوجها من عيوب . هذا إلى أن فن التصوير اللشي ، وإن كان قد تقدم إلى حد تمكن من نقل الأصل بلمانة كافية ، إلا أنه ، كما تقول محكمة استئناف مصر (١٨ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٨١ ص ٥٤٨) ، قد تقدم أيضاً إلى حد جعل تلك الصور بمهدة كل البعد عن الدلالة على الحقيقة التي يراود إثباتها بهذه الصور . وقد نفتت محكمة النقض بأنه لا تُرهب على المحكمة إذا لم تر الأصل بصورة شبيهة لورقة أريد التحليل بها في الدعوى (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ المحاماة ٩٩ رقم ٢١٠ - ٣٩٤ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

## ١٢٨ - استثناءه تكونه فيها لصورة الورقة العرفية فيرد في

موجبات : على أن هناك استثنائين من المبدأ الذى قدمناه تكون فيها لصورة الورقة العرفية قيمة معينة فى الإثبات :

(الاستثناء الأول) فى حالة التسجيل ، فقد تكون لصورة الورقة المسجلة قيمة فى الإثبات<sup>(١)</sup>. ونميز فى ذلك بين عهدتين : العهد السابق على قانون التسجيل (رقمى ١٨ و ١٩ لسنة ١٩٢٣) وعهد قانون التسجيل (الذى جعل حله القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر المقتضى) .

فى العهد الأول كان التسجيل يتم بنقل صورة حرفية من الورقة المقدمة للتسجيل فى سجل عام ، ثم يتم الأصل يتم بذلك حصول التسجيل ويعاد إلى صاحبه . فإذا أعطيت صورة من الورقة المسجلة كانت هذه الصورة رسمية ، لأن موظفاً عاماً مختصاً كان هو الذى ينقل هذه الصورة ، لاهن الأصل فهو عند صاحبه كما قلنا ، ولكن من الصورة الرسمية لهذا الأصل العرقى وهى الصورة المدونة فى السجل العام . ولما كانت صورة الصورة هذه هى صورة رسمية لصورة رسمية ، فقد كان القضاء فى البداية يمتد بها ، فى حالة فقد الأصل ، كدليل كامل أو على الأقل كدليل ثبوت بالكتابة<sup>(٢)</sup>. ثم رجع عن ذلك ، وأنكر حجية هذه الصورة الرسمية حتى كيداً ثبوت بالكتابة ، لما رأى ما لجأ إليه بعض الناس من تقديم أوراق مزورة للتسجيل وإعطاء الأصل للزور ، والتقدم بعد ذلك بصورة رسمية منقولة من الصورة المدونة فى السجل العام ، فلا يظهر التزوير لا فى صورة الصورة ولا فى الصورة الأصلية ، إذ أن الموظف العام لم يكن من اختصاصه ولا

---

(١) وهما يمكن من قيمة التسجيل ، فإن الخصم الذى ينكر صحة ورقة عرفية مسجلة أو ينكر صحة التوقيع الذى تحصله ليس فى حاجة إلى الاتجاه لإجراءات الطعن بالتزوير (استئناف مخطوط ٩ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٧٨) . هذا وبه أن أصبح ضرورياً فى التسجيل التمسك على التوقيع ، لم يند فى الإمكان إنكار التوقيع إلا من طريق الطعن بالتزوير .

(٢) استئناف مخطوط ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥٠ ص ٢٠٢ - ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧١ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٥ - ١١ مايو سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ٢١٩ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٩ .



في إمكانه التحقق من سلامة الأوراق التي تقدم للتسجيل<sup>(١)</sup> .  
 وفي العهد الثاني ، عهد قانون التسجيل ثم الشهر العقاري وهو العهد الحالي ،  
 اتخذ المشرع احتياطات دقيقة . وتلخص هذه الاحتياطات في وجوب التصديق  
 على التوقيع قبل تسجيل المحرر ، وفي هذا ضمان كاف لعدم تزوير الأوراق  
 ولصحة صدورهما من وقتها ، ثم في طريقة التسجيل ذاتها فقد صار الأصل هو  
 الذي يحفظ بمكتب الشهر ويسعى لأصحاب الشأن صور فوتوغرافية من هذا  
 الأصل . هذه الصور الفوتوغرافية ، التي يمكن إعادة إعطائها فيها بعد مقولة دائماً  
 عن الأصل وأعطائها لأصحاب الشأن إذا احتاجوا إليها ، هي صور رسمية دقيقة  
 من أصل محفوظ في مكتب السجل العقاري ، فقيمتها في الإثبات لا شك فيها .  
 ذلك أنه إذا كان الأصل موجوداً وهو الغالب ، ولم يتنازع الخصم في مطابقة الصورة  
 الفوتوغرافية للأصل ، اكتفى بالصورة دليلاً كاملاً في الإثبات<sup>(٢)</sup> . فإن نزع  
 الخصم في المطابقة ، أمكنت مضاهاة الصورة على الأصل المحفوظ بمكتب الشهر ،  
 وكانت الحجة للأصل لا للصورة . أما إذا فقد الأصل — وهذا نادر ولكنه يقع

(١) نفس ملف أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ دار النشر لأحكام النظم المدنية ١٣-١٤-١٨  
 استئناف غطط ١٤ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٧٧ — أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤  
 ص ٢٩٣ — ٩ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٧٧ .  
 عل أنه عندما أعلنت محكمة الاستئناف المظتعة تقضي بأن صورة الورقة المسجلة لا تصلح  
 للإثبات حتى كبدأ ثبوت بالكتابة ، قضت مع ذلك بأن الصورة الرسمية لورقة عريضة مسجلة  
 تصلح لإثبات مبدأ الحيازة التي تؤدي إلى التملك بالتقادم ( استئناف غطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٦  
 م ٢٩ ص ٧٤ ) .

ولاحظ أنه إذا فقد الأصل بقوة قاهرة ، وأمكن الخصم إثبات ذلك ، جاز له الإثبات  
 بالبينة دون حاجة لاستخدام صورة الورقة المسجلة حتى كبدأ ثبوت بالكتابة . وقد قضت محكمة  
 الاستئناف المظتعة بأن صورة الورقة العريضة المسجلة لا تصلح على التوقيع فيها لآنية لها  
 في إثبات صحة الورقة العريضة ذاتها ، ولا تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا كان  
 عدم تقديم الأصل يربح إلى أنه قد فقد أو إلى أي سبب آخر كاف لتبرير ذلك ( استئناف غطط  
 ٩ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٣ ) . ويلاحظ على هذا المسك أنه جعل صورة الورقة العريضة  
 المسجلة ، في حالة فقد الأصل ، مبدأ ثبوت بالكتابة ، وهو في غير حاجة إلى ذلك ، ويمكن  
 أن يستأنس بالصورة باعتبارها مجرد قرينة تشكل بالبينة أو بقرائن أخرى ، لأن تحليل الكتاب  
 غير واجب في هذه الحالة .

(٢) استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٨١ ص ٥٤٨ —  
 ٢١ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٣ ص ٥٥٦ .

أحياناً لقوة قاهرة كحريق أو سرقة - فإن دقة الصورة الفوتوغرافية ووجعنا سلامة الأصل من التزوير بعد التصديق على التوقيع ، كل ذلك يسمح بإعطاء هذه الصورة الفوتوغرافية قوة إثبات كاملة أو قى القليل يجعلها مبدأ ثبوت بالكتابة<sup>(١)</sup> .

(الاستثناء الثاني) في حالة ما إذا كانت صورة الورقة العرفية مكتوبة بخط المدعى ، فتكون هذه الصورة بعض القيمة في الإثبات . ويلاحظ أن هذه الصورة المكتوبة بخط المدعى لا تحصل توقيعها ، وإلا صارت إما نسخة ثانية ، لا مجرد صورة ، فتكون لها حجة الأصل كالنسخة الأولى ، وإما سنداً مؤيداً (acte reconnaissant) وسيتأتى بيان قيمته في الإثبات . فالصورة التي نحن بصددها هي إذن مكتوبة بخط

(١) المرجع لسلسلة لفرة ٦٤١ - الأسطاد أحمد نشأت في الإثبات ١ لفرة ٢٠٠ - الأسطاد سليمان مرقس في أصول الإثبات لفرة ٧٧ . الأسطاد عبد المنعم فرج أحمدة في الإثبات لفرة ١٤٢ .

وع ذلك نفست محكمة استئناف مصر بأنه ليس بين الأدلة الكتابية التي نص عليها القانون المظهر الصورة الشخصية للأوراء . والقانون المظهر لا يمتد إلا بالصورة الرسمية التي يجرها موظف مختص بصحريها ، ولا يمتد بقيمتها ما لصور العقود العرفية ، حتى لو كانت مسجلة وكانت صورها محررة بمعرفة موظف من موظف قلم التسجيل . ذلك لأن الدليل الكتابي العرفي لا ينهض حجة إلا إذا كان بذاته صادراً من نسب إليه . فالصور الشخصية ، وهي ليست بكتابة مخطوطة باليد بل هي صورة آلية من وضع يد غير اليد التي يصح أن تكون كاتبة للأصل المأخوذة منه تلك الصورة ، لا يصح مطلقاً أن تعتبر دليل إثبات ، لأنها ورقة وإن نقلت الكتابة بإثبات صورتها إلا أنها غير الورقة الأصلية التي تظهر فيها حالتها الطبيعية وما يشوبها من عيوب . وأنه وإن كان قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٢ قد جعل قيمة قانونية للصور الشخصية الصادرة من قلم التسجيل والمأخوذة من الأصل الموقوف عليه من المتعاقدين والمحفوظ في هذا القلم ، فذلك لأنه عند إنكار العقد المقدم صورته يمكن الرجوع حالا إلى الأصل المحفوظ بقلم التسجيل ويحقق إنكاره ، فالحجة لا تكون في الحقيقة الصورة الشخصية بل للأصل المحفوظ في قلم التسجيل (١٨ أبريل سنة ١٩٢٢ المجلد ١٤ رقم ٢/٢٨١ ص ٥٤٨) ، وقد سهقت الإشارة إلى هذا الحكم . ثم نفست بهم ذلك بأن الصورة المستخرجة من دفاتر التسجيل لسبق عرف لا يصح أن تعتبر ذاتها دليلاً كتابياً أو مبدأ ثبوت بالكتابة . ويجعل للقاضي على أي حال حق النظر في درجة اعتمادها (م ٢٣١ مدني) . وإن كان هناك رأي يقول بجواز احتياط صورة العقد العرفي المسجل كيداً لثبوت بالكتابة إذا كان مصدقاً في أصل العقد على إضفاء الصادرة منه تصديقاً رسمياً (٢١ أبريل سنة ١٩٢٤ المجلد ١٥ رقم ٢/٢٦٢ ص ٥٥٦) - وقد سهقت الإشارة أيضاً إلى هذا الحكم - ويبدو منه ميل المحكمة إلى إعطاء صورة الورقة العرفية المسجلة إذا كان مصدقاً على التوقيع فيها قيمة ما في الإثبات . وطه بداية في تطور القضاء يرى أن تبلغ عايتها ) .

المدين ولا تحمل توقيع ، ويمكن في هذه الحالة اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة لأنها صادرة من المدين ما دامت بخطه ، وتستكمل بالبيئة أو القرائن<sup>(١)</sup>.

على أنه ليس من الضروري أن تكون صورة الورقة العرفية مكتوبة بخط المدين نفسه لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ، بل يكفي أن تكون صادرة من نائب المدين . مثل ذلك أن يعلن محضر - وهو نائب المعلن - ورقة عرفية إلى المعلن إليه . فالصورة التي يتركها المحضر بخطه (أو المفروض أنها بخطه لأنها صادرة منه) تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة يتمسك به الخصم ضد المعلن ، إذ أن هذه الصورة مكتوبة بخط نائب المدين وهو المحضر ، فكأنها صادرة من المدين<sup>(٢)</sup>.

#### ١٢٩ - السند المؤيد وقبته في الوثبات : وبين الأصل والصورة يوجد

سند ، لا هو مجرد صورة (copie) لأنه يحمل توقيع المدين ، ولا هو نسخة ثانية (exemplaire) من الأصل لأنه غير معاصر للأصل بل يكتب بعده . فهو إذن أضعف من الأصل ، وأقوى من الصورة . هذا هو السند المؤيد أو السند الجديد (acte recognitif, titre nouvel) وهو سند يتضمن إقراراً بحق سبق إثباته في محرر يسمى بالسند الأصلي (acte primordial) . ويتميز السند المؤيد عن مطلق الإقرار بالحق بأنه لا يتضمن إقراراً على اطلاقه ، بل يشير إلى أن الحق المقر به قد سبق إثباته في سند أصلي . ومن ثم إذا تعارض السند المؤيد مع السند الأصلي ، كان السند الأصلي هو المعبر . ولو كان السند المؤيد إقراراً محضاً لأخط به دون السند الأصلي<sup>(٣)</sup>.

والسند المؤيد ، على هذا النحو ، يصلح من الناحية القانونية لقطع التقادم ، ومن الناحية العملية لتوفير دليل الإثبات عند فقد السند الأصلي إذا كان هذا

(١) الموجز المؤلف فقرة ٦٤١ .

(٢) استئناف مخطوط ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٦ - انظر أيضاً في هذا المنى بلانول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٤٩٧ - محكمة النقض الفرنسية ١٦ يونيو سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١-٩٧ .

(٣) وتبين ما إذا كان السند مطلق إقرار أو هو سند مؤيد مسألة موضوعية لا تعيق فيها محكمة النقض (نفس فرنسي ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٩ سيرة ١٩٠٣-١-٤٦٢- أول يونيو سنة ١٩٠٨ سيرة ١٩٠٨-١-٣٧٨- أبريل ورو ١٢ ص ٢٨١ ملش رقم ١) .

عرضاً لتفقد . ويغلب أن يكون ذلك في الديون الطويلة الأجل وفي الإيرادات المؤبدة ، حيث يحتاج الدائن من وقت إلى آخر أن يحصل على سند مؤيد لسنده الأصلي لقدم المهد بالسند الأصلي ، فيقطع التقادم ويجدد الدليل <sup>(١)</sup> .

وقد تضمن التقنين المدني الفرنسي نصاً يقرر قيمة السند المؤيد في الإثبات . فنصت المادة ١٣٣٧ من هذا التقنين على ما يأتي : «السندات المؤيدة لا تمنى من تقديم السند الأصلي ، إلا إذا كان نص السند الأصلي قد دون خصيصاً في السند المؤيد . وما اشتمل عليه السند المؤيد زائداً على السند الأصلي ، أو ما اختلف معه فيه ، فليس له من أثر . ومع ذلك يعنى الدائن من تقديم السند الأصلي إذا وجبت جملة من السندات المؤيدة المتطابقة ، تدعماً للحيازة ، ويكون تاريخ أحد هذه السندات يرجع إلى ثلاثين سنة » <sup>(٢)</sup> .

ويتبين من هذا النص أن السند المؤيد ، في التقنين الفرنسي ، لا يصلح في ذاته دليلاً كاملاً . وهناك فرضان : ( الفرض الأول ) أن السند الأصلي موجود . وفي هذه الحالة لا يكون السند المؤيد دليلاً أصلاً ، بل يجب على الدائن إبراز السند الأصلي . فإذا كان هناك خلاف بينه وبين السند المؤيد فالعبرة بالسند الأصلي ، إلا إذا تبين من الظروف أن السند المؤيد ليس في حقيقته إلا تجديدياً للدين فتكون العبرة بالدين الجديد . ( الفرض الثاني ) أن السند الأصلي غير موجود . وفي هذه الحالة لا يكون للسند المؤيد قوة في الإثبات كدليل كامل <sup>(٣)</sup> ، ولكنه يكون مبدءاً ثبوت بالكتابة يستكمل باليمين

---

(١) وكان السند المؤيد واسع الانتشار في القانون الفرنسي القديم ، حيث كانت الإيرادات والممتلكات المؤبدة بألوف إلى حد كبير ( بلانول وديبير وجاهرلد ٧ فقرة ١٥٠١ ص ٩٤٨ ) .  
(٢) وهذا هو الأصل في نصه الفرنسي .  
(٣) Art. 1337 : Les actes récongnitifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relaté. Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet. Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes soutenues de la possession et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial.

(٣) إلا في حقوق الارتفاق ، وإلا إذا كان السند المؤيد هو في حقيقته تجديد للدين .

وبالقرائن . ومع ذلك قد يكون دليلاً كاملاً في حالتين : (١) إذا كان نص  
السند الأصلي مدوناً بأكمله في السند المؤيد (٢) إذا تعددت السندات المؤيدة ،  
وكانت متطابقة ، ودعمتها الحيازة ، وكان أحدهما يرجع تاريخه إلى ثلاثين سنة  
على الأقل . فيجوز للقاضي في هذه الحالة ، إذا كان السند الأصلي قد فقد ،  
أن يمد السندات المؤيدة دليلاً كاملاً ، ويترك ذلك إلى تقديره . وهذه الأحكام  
ينتقلها الفقه في فرنسا<sup>(١)</sup> ، لأنها لا تتفق مع القواعد العامة .

فإن هذه تقضى - وهذا ما يجب اتباعه في مصر ما دام لا يوجد نص في  
هذه المسألة - بأنه إذا وجد سند مؤيد لسند سابق ، اعتد بالسند المؤيد كدليل  
إثبات كامل ، إذ هو موقع من المدين وليس مجرد صورة لورقة عريضة ، سواء  
في ذلك اشتمل على نص السند الأصلي أو لم يشتمل ، وتعددت السندات المؤيدة  
أيا كان تاريخها أو لم تعدد . ولكن لما كان السند المؤيد يشير إلى سند أصلي ،  
فالمفروض أن السند المؤيد مطابق للسند الأصلي ، إلى أن يثبت المدين العكس  
بإثباته السند الأصلي . وهذا تقضى المادة ٢٩٩ من المشروع الفرنسي الإيطالي .  
وقد كان المشروع التمهيدى للفرنسي الجديد يحوى على نص مماثل ، إذ كانت المادة  
٢٩٩ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « السند المؤيد لسند سابق يكون حجة  
على المدين . على أنه يجوز للمدين أن يثبت عدم صحة هذا السند بتقديم السند  
الأصلي . » ولكن لجنة المراجعة خلعت هذا النص ، ويطلب أن يكون ذلك  
اكتماء بالقواعد العامة<sup>(٢)</sup> .

---

(١) أوبري ورد ١٢ فقرة ٧٦٠ مكررة ص ٢٨١ - ص ٢٨٥ - بوردى وبارد ٤  
فقرة ٢٥٠٦ - بلانيرول وديبير وجابولك ٧ فقرة ١٥٠١ - فقرة ١٥٠٢ ص ٩٤٨ -  
ص ٩٤٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٣٦٤ هامش رقم ١ . وقد جاء في المذكرة  
الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص ما يأتي : « السند المؤيد لسند سابق أو  
السند الجديد هو ما يتضمن إقراراً بحق سبق إثباته في محضر يلتصق اصطلاحاً بالسند الأصلي .  
فالسند المؤيد لا يعتبر من قبيل الصور ، ولا يستحدث جديداً على وجه الإطلاق ، لأنه يحصل  
توقيع من يجوز الاحتجاج به قبله . وتقتصر أهمية هذا السند عملاً في قطع الخصام وتوفير دليل  
الإثبات عنه فقد للسند الأصلي وتعرضه لاحتمال التفتد . ويغرق التفتد الفرنسي ، فيما يتعلق  
بجسدية السند المؤيد ، بين حالة احتمال هذا السند على صحة السند الأصلي ، وبين حالة غلوه من  
جانب السند . ولا يحمل السند الجديد نسبية في الحالة الثانية إلا إذا عدم السند الأصلي . بيد أن -

## الفرع الثاني

### الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات

١٣٠ - يباه هذه الأوراق : رأينا فيها تقدم أن الورقة العرفية التي

تعد للإثبات لا تكون دليل إثبات كامل إلا إذا كان موقعاً عليها ، وأن التوقيع هو الذي يضمن على الورقة حجتها . على أنه توجد بعض أوراق عرفية لم تعد مقدماً للإثبات ، ومع ذلك يجعل لها القانون بنص خاص حجية معينة ، ولا يشترط فيها أن يكون موقعاً عليها .

وقد نص التقنين المدني الجديد على أربعة أنواع من هذه الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات ، وجعل لكل نوع منها قيمة في الإثبات معينة ، وهي :

(١) الرسائل والبرقيات .

(٢) دفاتر التجار .

(٣) الدفاتر والأوراق المنزلية .

(٤) التأشير ببراعة فمعة المدين<sup>(١)</sup> .

= السند المأخذ ينطوي في هذه الحالة على إقرار كتابي موقع عليه ، فلا محل إذن لاشتراط تقديم السند الأصل من الدائن . ولذلك رأى المشرع إلزام المدين بتقديم السند الأصل عند النزاع ، مقدماً في ذلك بالمادة ٢٩٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي « (مجموعة الأحوال الشخصية ٣ ص ٣٦٤ حاشي رقم ١) . ويلاحظ أن القانون السوري استبقى هذا النص تحت رقم المادة ١٣ من قانون البنات .

هذا وبصريح المدين ، إذا لم يقدم السند الأصل ، إثبات مكس مآجه بالسند المأخذ ، ولكن طبقاً لقواعد المقررة في الإثبات ، فلا يجوز له أن يثبت ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة .

(١) انظر في طريق خاص لإثبات التوريثات المنزلية بمجر علامات حل شقي عصا مشطوبة إلى تسعين (tailles) ، وكان هذا الطريق معروفاً في فرنسا عندما كانت الكتابة غير منتشرة ، أوبري دور ١٢ فترة ٧٥٩ ص ٢٧٧ - ص ٢٧٨ - بوهدي وبارد ٤ فترة ٢٤٧٨ - فترة ٢٤٨٥ - بلانيول وديبير وجابولك ٧ فترة ١٥٥٨ ص ٩٥٦ - ص ٩٥٧ - بيدان وبرد ٩ فترة ١٢٤٣ - فترة ١٢٤٤ - بلانيول وديبير وبولانجه ٢ فترة ٢٢٤١ - كولان وكايتان ومورانديير ٢ فترة ٧٦٥ - جوسران ٢ فترة ١٦١ فترة ٨٦ حاشي رقم ١ . والسبب في بقاء هذا الطريق للإثبات مذكوراً في النسخة الفرنسية هذه الفئته في السبل أن التقنين المدني الفرنسي ، وقد وضع في سنة ١٨٠٤ ، أفرد له نصاً خاصاً هو المادة ١٣٣٣ .

وإذا أشرنا إلى هذا الطريق الخاص الدليل على أن حرف هور في رسم طرق الإثبات .

## المبحث الأول

### الرسائل والبرقيات

١٣١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٩٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات .  
٢ - وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقفاً عليه من مرسلها ، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك .

٣ - وإذا أعدم أصل البرقية ، فلا يمتد بالبرقية إلا لجرد الاستئناس <sup>(١)</sup> .  
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

وقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى : في قانون البنات السوري المادة ١٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٥٧ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المواد ١٦٢ - ١٦٦ ، وفي التقنين المدني للمملكة المتحدة العربية المادة ٣٨٣ <sup>(٢)</sup> - ولا يوجد في التقنين المدني الفرنسي نص مقابل .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٣١ من المشروع التهدي على الوجه الآتي :

« ١ - تكون للرسائل قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات . ٢ - وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقفاً عليه من مرسلها . وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » . وفي لجنة المراجعة أضيفت في الفقرة الأولى بعد عبارة « تكون لرسائل » عبارة « الموقع عليها » ، ليخرج من نطاق النص الرسائل غير الموقع عليها . ثم أضيفت فقرة ثالثة على الوجه الآتي : « وإذا أعدم أصل البرقية فلا يمتد بالبرقية إلا لجرد الاستئناس » . وصارت المادة وقها ٤٠٩ . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٣٩٦ ، ثم مجلس الشيوخ ( مجموعة الأعمال التشريعية ) ص ٣٧٦ - ص ٣٨٠ .

(٢) نصوص التقنينات العربية الأخرى : قانون البنات السوري م ١٢ . ١ - تكون للرسائل قوة الأستاذ العادية من حيث الإثبات ما لم يثبت موقعها أنه لم يرسلها ولم يكلف أصلاً -

وتتكلم في قيمة الرسالة (lettre minisive) في الإثبات ، ومنى يحجج بها المرسل إليه ، ومنى يحجج بها الغير ، ثم في قوة البرقية في الإثبات .

١٣٣ - قيمة الرسائل في الدعوى : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع المنتهى في هذا الصدد ما يأتي : ولم يعرض تقنين من التقنينات<sup>(١)</sup> للرسائل بوصفها ضرباً من ضروب الأدلة الكتابية ، وقد يلتبس التقنين

٢٠ بإرسالها . ٢ - وتكون البرقيات هذه القوة أيضاً إذا كان أصلها المودع في دائرة البريد موقفاً عليه من إرسالها . وتعتبر البرقية حاطة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك . ٣ - ينقل من الذي أرسل كتاباً مضموناً وأثبت وصوله للمرسل إليه بوسل دائرة البريد أو بوسل المرسل إليه إبراز النسخة المخطوطة لديه إذا رفض المرسل إليه إبراز الأصل . وقد هذه النسخة صحيحة ما لم يثبت العكس .

التقنين المدني الصادر م ١٩٠٧ : تطابق نص التقنين المصري مع تحرير للنقل طفيف .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٩٢٦ : أن الكتاب البريدي يصلح حجة على موافقه لصلة المرسل إليه ، ما لم يثبت الأول أنه لم يرسله ولم يكلف أحداً إرساله - م ١٩٣ : إذا لم يكن الكتاب سرياً حق المرسل إليه أن يستحصله وأن يتنازل الغير من هذا الحق . وفي المواد التجارية لا تكون الكتب سرية على الإطلاق - م ١٩٤ : في المواد المدنية لا يجوز إبراز الكتاب السري إلا بالتفادق للمرسل والمرسل إليه ، وإلا كان إبرازه عملاً غير مباح يستهدف فاعله لحكم ببدل البطل والفرض ، وعلاوة على ذلك فإن المحكمة لا تمتد يدها بكتاب بريدي يعجز لديها عملاً للأصول . م ١٩٥ : إن مرسل الكتاب المضمون الذي يثبت وصوله بسند لإرسال من دائرة البريد أو من المرسل إليه يتقبل منه إبراز النسخة المخطوطة لديه إذا رفض المرسل إليه إبراز الأصل . وقد هذه النسخة صحيحة ما لم يتم البرهان على العكس - م ١٩٦ : من حصل ، طبقاً لأحكام المادة السابقة ، على حكم ملامح لصلة بناء على إبرازه نسخة كتاب ، ثم ظهر الأصل فيما بعد فانقض منه أن هذه النسخة المزعومة غير صحيحة ، يحكم عليه بفسخ قيمة الفهرس الذي نتج من عمله الاحتمالي .

التقنين المدني للسلطة المتحدة البنية م ٣٨٣ : تطابق نص التقنين المصري .

وبتين من التصوص المنظمة أنه فيما نص المادة ١٩٦ من تقنين المحاكمات المدنية اللبناني الذي يقضى بفسخ قيمة التصويف من العمل الاحتمالي الذي يقضه النص - وفي هذا ضرب من العقوبة لم ير قانون البينات السوري أن يجازى فيه التقنين اللبناني - لا تختص أحكام القرائين المدنية العربية من أحكام القانون المدني المصري ، إلا أن القانونين السوري واللبناني أضافا في تفصيلات يمكن الوصول إليها عن طريق تطبيق القواعد العامة .

(١) هذا يصدق على التقنينات الفرعية . أما التقنينات البرية فله وأهلها تحصى نصوصاً تحدد قيمة الرسائل من حيث الإثبات .



الفرنسي بعض العثر في إغفلنا إذا وحي أن التعامل بالرسائل كان في سنة ١٨٠٤ بالغ التدور... بيد أنه من المسلم أن التعامل بالرسائل أخذ يتزايد نصيبه من الأهمية ، حتى أصاب من سعة النطاق بسطة جذيرة بالاعتبار . وليس شك في أن هذا الضرب من التعامل قد اضطرد بوجه خاص في المسائل التجارية ، لكن المتعاملين من التجار لم يستشعروا ضرورة لحكم تشريعي جديد نظراً لانقضاء قيود الإثبات في هذه المسائل . على أن التعامل بالرسائل شمل الروابط المدنية أيضاً ، ومن عجب أن يستشعر واضع المشروع الفرنسي الإبطالي ضرورة تشييع البرقية بالورقة العرفية في المادة ٤٨٤ دون أن يشيروا إلى الرسائل <sup>(١)</sup> .

وقد كان الفقه والقضاء في مصر <sup>(٢)</sup> ، في ظل التقنين السابق وبالرغم من انعدام النص ، يلعبان إلى أن الرسالة متى وصلت إلى المرسل إليه صارت ملكه ، وله أن يستخدمها كدليل لإثبات على حق يديه عند المرسل ، حتى لو تضمنت سراً فيجبر المرسل بين أن يقدم الرسالة إلى القضاء بالرغم من احتوائها لهذا السر أو أن يبسر له المرسل الإثبات من طريق آخر غير الرسالة . وقد ترتفع السرية عن الرسالة بعد وجودها إذا نشرت وعرفها الجمهور ولو عن طريق دعوى جنائية انتهت بحكم بالبراقة <sup>(٣)</sup> . ثم إن ماورد في الرسالة إذا كان بخط المدين أو كان موقعا عليه منه يعتبر ميلاً ثبوت بالكتابة أو دليلاً كاملاً ، على أن يترك ذلك إلى تقدير القاضي ، فإن الرسالة ليست في الأصل معدة للإثبات ، وما يدونه المرسل بها لا يلتزم فيه من الاحتياط ما يلتزمه في الورقة العرفية التي تعد مقدماً للإثبات ، فيجب أن يكون هذا محلاً للاعتبار <sup>(٤)</sup> .

(١) مجموعة الأحوال الشخصية ٣ ص ٣٧٧ .

(٢) انظر الموجز المؤلف فقرة ٦٥١ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٥٥ - الأستاذ سليمان مرقص في أصول الإثبات فقرة ٨٨ - الأستاذ مبدلهم فرج البصة فقرة ١٤٦ - نقض مدني ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٤ رقم ١٣ ص ٢٨ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ١٨١ ص ٤٦٩ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ١٩٦ ص ٤٩٦ - استئناف مخطوط ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٠ .

(٣) أوبري دودو ١٢ ص ٢٩٢ - ص ٢٩٤ - بودوي وهارد ٤ فقرة ٢٤٦٥ مذكورة - بلانلو دوبيير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٤ - نقض فرنسي ١٩ يونيو سنة ١٨٩٥ فالجيز ١-٢٠ .

(٤) وهذا هو أيضاً ما يلعب إليه الفقه الفرنسي ، فهو يعتبر ، دون نص مل ذلك في -

(١٧ القوسيط - ج ٢)

أما التقنين الجديد فلم يترك الأمر إلى تقدير القاضي ، بل نص صراحة على أن تكون الرسائل الموقفة حلياً قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات (١) . وكان التقنين الجديد جريئاً في إيرادها لهذا النص ، فلم يسبقه إليه تقنين آخر كما تقول المذكرة الإيضاحية . وقد سلب القاضي حريته في التقدير ، فلم يعد لها بسط ، وإذا رأى أن المرسل لم يحط في رسالته ولم يقصد إلى أن ينتج جميع الآثار القانونية التي تترتب على ما كتبه في هذه الرسالة ، أن يرفع عن الرسالة حجبها أو أن ينقص من هذه الحجية كما كان يستطيع في ظل التقنين السابق . فلو كانت الرسالة موقفة من المرسل ، استوفت شرائط الورقة العرفية ، وصار

---

= التقنين المفروض ، أن الرسالة قد تكون ، تباً لظروف وحسب تقدير القاضي ، دليلاً كاملاً أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو تكون مجرد الاستئناس ( أوبري وردو ١٢ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٦ م ١٤ ديسمبر ١٩٣١ م ١٤ - ديولوب ٢٩ - فقرة ١٦٢ - هيك ٨ - فقرة ٢٥٦ ) . ولعل الأسألة بلانول وديير وجابوله إلى أن الرسالة ليست طريقاً خاصاً للإثبات ، بل هي تخضع لقواعد العامة ، فإن كانت موقفة كانت لها حجية الورقة العرفية المدة للإثبات ، وإن لم تكن موقفة ولكنها يحط المرسل كانت مبدأ ثبوت بالكتابة ، وإلا كانت مجرد الاستئناس . ويقولون إنه يجب التمييز ما بين حجية الرسالة ومقدار ما تشغل عليه من المعلومات . فالرسالة لها الحجية الكاملة ، شأنها في ذلك شأن أية ورقة عرفية أخرى ، ولا تخضع في هذه الحجية لتقدير القاضي . أما مقتضات الرسالة الموقفة فهي التي تخضع لتقدير القاضي . فقد تكون وافية إلى حد يجعل الرسالة دليلاً كاملاً ، وقد تكون ناقصة إلى حد لا يجعل من الرسالة إلا مبدأ ثبوت بالكتابة ، وقد تكون مقطوعة إلى حد لا يجعل الرسالة صالحة إلا لمجرد الاستئناس ( النظر بلانول وديير وجابوله ٧ فقرة ١٥٥٥ - بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٧٢ - بيدان وردو ٩ فقرة ١٢٣٩ - ص ٣١٥ - انظر أيضاً الأستاذ عبد المنعم فرج الصلدة في الإثبات فقرة ١٤٩ ) . ولكن مع القول بأن مقتضات الرسالة تخضع لتقدير القاضي ، فإنه يجب كذلك التسليم بأن حجية الرسالة ذاتها ، عند انعدام النص ، تخضع هي أيضاً لتقدير القاضي . فقد تكون الرسالة موقفة ، وتكون مشتتة وافية ، ومع ذلك يرى القاضي أن الظروف التي كتبت فيها الرسالة لا تسمح بإسقاطها حجية كاملة ، وهو في ذلك لا يقدر مقتضات الرسالة إذ هي وافية كالفتا ، ولكنه يقدر الحجية ذاتها .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع المنهني في هذا المقصد ما يأتي : « وقد أقر القضاء والفتى ما تواضع عليه المتعاملون في هذا الشأن ، وأنشأ طائفة من القواعد استلهمها فيها المباحين المصنفين بالأوراق العرفية ، فلم يخلو التشريع من النص . وقد استندنا في ذلك إلى : (أ) أن المشتري لم يشترط شكلاً خاصاً في المحررات العرفية ، إلا ما استقى منها بالنص . (ب) وأن الرسائل يبرأ فيها الشيطان الجوهريان القذان فتصدق منها حجية الورقة العرفية وهما الخط والبريق . فن الأكسب ، والحال كذلك ، أن تدجج الرسائل بين طرق الإثبات بالكتابة ، =

لها حجبتها ، حتى لو كانت لم تستوف شرطاً جوهرياً هو أن تكون قد أعدت مقدماً للإثبات فإن هذا الإعداد السابق من شأنه أن يفرض على المرسل الاحتمال والتعنى . بالرغم من ذلك أصبحت الرسالة الموقفة في التفتن الجديد ، كما قدمنا ، بمنزلة الورقة العرفية الممدة للإثبات ، ولها قيمة الدليل الكامل . فهي حجة على المرسل من حيث صلورها منه ، إلا أن ينكر توقيعه أو خطه على النحو الذى قلتمناه في الأوراق العرفية الممدة للإثبات . وهي أيضاً حجة على المرسل بصحة المدون فيها ، إلا أن يثبت العكس بالطرق المقررة ، وهو لا يستطيع أن يثبت ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة . وهي أخيراً حجة على المرسل من حيث قيام التصرف القانونى الذى تشهد به الرسالة ، على أنه لو أن يدفع هذا التصرف بجميع الدفع الموضوعية والشكلية التى يسمح بها القانون (١) .

== وأن يعين مدى حجبتها ، وما ينبغي أن يتوافر فيها من الشرائط الشكلية ، نزولاً على مقتضى القواعد العامة من ناحية ، وتحسباً مع نية المتعاقدين من ناحية أخرى — ويجب ، فيما يتعلق بالشكل ، أن يتحقق في الرسالة الشرطان الجوهريان الواجب توافرها في الأوراق العرفية ، وهما الخط والتوقيع . وفى من البيان أن توافر هذين الشرطين يكفى من هذه الناحية دون حاجة إلى أى شرط آخر . أما فيما يتعلق بحجية الرسائل ، فن رأى فريق من الفقهاء أنها تترك لتقدير القاضي ، لأن مضمون الرسالة لا يخلو أن يكون مبدأً لثبوت بالكتابة ، قد يعتبر من قبيل الإقرار في غير مجلس القضاء . بيد أن مطلب القضاء قد تطور في هذا الشأن ، فصمت المحاكم إلى إقرار مبدأ التصانن في تحصيل الأدلة ، وأجازت للقاضي أن يأمر بتقديم الأدلة التى تثبت سيطرة الخصوم لها وإعراضهم عن استعمالها ، إذا اقتضى ذلك حسب سير المدة ( استئناف مخطوط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٦٦ ) . وقد أقيم المبدأ الذى تقدمت الإشارة إليه حل ما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية في تحصيل الدليل . فإذا تم الصلقة بالمراسلة كان من واجب كل من المتعاقدين أن يقدم إلى القاضي ما يكون لديه من الأدلة الكتابية ، لأن الإثبات في هذه الحالة لا يتلخ إلا بمقارنة الرسائل المتبادلة . وليس ثمة ما يدعو إلى الإشفاق من إقرار حجية الرسائل . فإذا امتنع أحد المتعاقدين من تقديم الرسالة الموجهة إليه ، فللقاضي أن يلزمه بذلك . ثم إن اشتراط ازدواج النسخ الأصلية في بعض التقنيات يقصده إلى تحقيق المساواة بين طرفي الصلقة ، وهو غرض لا يهتف بداعة من جراء إقرار هذه الحجة . ويراعى أخيراً أن العمل جرى على الاحتفاظ بصور الرسائل ، ولا سيما أنها غالباً ما تكتب بالآلة الكتابية التى كانت متصلة عاملة من المعاملات ولو كانت مبنية بطبيعتها . وتقريراً حل ذلك عهد المشروع إلى إقرار حجية الرسائل والتسوية في الحكم بينها وبين سائر الأوراق العرفية ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٢٧٧ - ص ٢٧٩ ) .

(١) وقد قلتمنا ( انظر فقرة ١٢٥ ) أن الرسالة يجب أن يكون تاريخها ثابتاً ليكون طاً =

والتي لازال يفرق في نظرنا بين الرسالة الموقفة والورقة العرفية المعدة للإجابات ، حتى في ظل التفتين الجديدين ، هو أن القاضي عند تفسيره للبيانات الواردة في الرسالة الموقفة - إذا كانت هذه الرسالة لم تقدم مقدماً للإجابات ويتقرر أن تعدلها الفرض في غير المسائل التجارية - لا بد أنه ملق بالآتي أن كاتب هذه البيانات لم يصطحب الحيلة المألوفة عند من يقصد أن يرتبط بعبارة قانونياً ، فيفسر الرسالة بما يتلاءم مع الجواب الذي كتبت فيه .

أما إذا كانت الرسالة غير موقفة ولكنها مكتوبة بخط المرسل ، فهي تصلح مبدأ لثبوت بالكتابة كما كان الأمر في التفتين السابق . وصورة الرسالة لاحجية لها كصورة أية ورقة عرفية (١) .

١٣٣ - متى يجوز للمرسل ادعاء أنه يمتنع بالمرسلة : من حق المرسل إليه أن يقدم الرسالة إلى القضاء ليستخلص منها دليلاً لصالحه ضد المرسل متى كانت له مصلحة مشروعة في ذلك (٢) . فإذا تضمنت الرسالة اتفاقاً تم بينه وبين

= التعارض حجة على الغير ، وأن هذا هو ما أصبح عليه القلق في فرنسا . ورأينا أنه قد يحسن التمييز ما بين الرسالة التي أمنت مقدماً للإجابات ، وهذه لا يصح بتأريخها على الغير إلا إذا كان ثابتاً ، وبين الرسالة التي لم تقدم مقدماً للإجابات ، وهذه تكون ، كسائر الأوراق العرفية التي لم تقدم مقدماً للإجابات ، حجة بتأريخها العرفي على الغير إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ . ولجوز في هذه المناسبة مالمس عليه قانون البينات السوري (م ١٢ فقرة ١) من أن الرسالة تكون لها قوة القسمة في الإثبات ما لم يثبت موقعها أنه لم يرسلها ولم يكلف أحداً بإرسالها (انظر أيضاً المادة ١٦٢ من تفتين أصول المحاكمات المدنية اللبناني وقد سبق لإيرادها) .

أما ثمة الرسالة المصحلة (lettre recommandée) في الإثبات ، فالظاهر أن هذه الرسالة تكون حجة بما تحتويه على من أرسلت إليه ، ولا يملك المرسل إليه الاعتراض من هذه الجهة برفض تسليم الرسالة . ويجوز للمرسل إثبات مشغولات الرسالة بالقرائن ، أيما كان القسب في ضماها (بلايول وديوير وجابول ٧ فقرة ١٥٠٧ - ص ٩٥٥ - ص ٩٥٦) . وقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ١٢ من قانون البينات السوري تنص على أن « يقبل من الذي أرسل كتاباً مضموناً وأثبت وصوله المرسل إليه بوصول فاترة البريد أو بوصول من المرسل إليه إبراز القسمة المحفوظة لديه إذا رفض المرسل إليه إبراز الأصل . وتعد هذه القسمة صحيحة ما لم يثبت العكس ( انظر أيضاً المادة ١٦٦ من تفتين أصول المحاكمات المدنية اللبناني وقد تقدم ذكرها) .

(١) استئناف مخطط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٥ - بلايول وديوير وجابول ٧ فقرة ١٥٠٦ - ميدان وهر ٩ فقرة ١٢٣٠ .

(٢) ميدان وهر ٩ فقرة ١٢٢٨ - ص ٣١٠ (وفي ص ٣٠٩ طبع رقم ١ يحدد طابع التفتين تحديداً دقيقاً لطايع المسألة التي نحن بسعدنا) .

المرسل، أو التزاماً تعهد به المرسل، أو مخالفة، أو إرهاب، أو إقراء، أو نحو ذلك، كان للمرسل إليه مصلحة مشروعة في أن يقدم الرسالة دليلاً على ما تقدم. وكذلك إذا تضمنت الرسالة جريمة في حق المرسل إليه كتهديد أو احتيال أو قذف أو سب، أو كانت دليلاً على جريمة هو مجنى عليه فيها كجريمة الزنا<sup>(١)</sup>، كان له أن يقدمها إلى القضاء دليلاً للإثبات.

على ألا يكون في كل هذا انتهاك لحرمة السرية. فإذا كانت هناك سرية تنتهك، ولم ينه المرسل إليه المرسل حتى ييسر له الإثبات من طريق آخر على النحو الذي سبق أن بيناه، فلا يجوز للمرسل إليه أن يقدم الرسالة إلى القضاء، وإن فصل جاز للمرسل أن يطلب استبعادها، وله الرجوع على المرسل إليه بالتعويض<sup>(٢)</sup>.

(١) وفي جريمة الزنا لا يقضي الحق في تقديم الرسالة دليلاً على هذه الجريمة بأي شيء، لا بل لأن المرسل، ولا بموجب احترام سرية الرسالة، ولا بموجب الحصول على الرسالة بطريق مشروع. على أن عدم التقيد بشرط مشروعية الحصول على الرسالة على خلاف في فرنسا، والرأي الغالب هو وجوب التقيد بهذا الشرط. وقد نكست محكمة النقض المصرية، في دعوى طلاق بين زوجين فرنسيين بسبب زنا الزوجة، بوجوب أن تكون وسيلة الزوج في الحصول على الرسائل المتجهة لجريمة الزنا على الزوجية وسيلة مشروعة، فلا يجوز أن يحصل على هذه الرسائل من طريق غير مشروع، وهو السرقة، بأن يكسر في غيبة الزوجة درجاً خاصاً بها توجد فيه هذه الرسائل. وما قامت محكمة النقض في أسباب حكمها ما يأتي: «وما كان طرفا الدعوى فرنسيين، ولقانون الواجب التطبيق في هذا الخصوص هو القانون الفرنسي، سواء فيما يتعلق بموضوع الدعوى أو الدليل المقبول فيها، وكان ما قرره الحكم من قبول هذه الخطابات والمذكرات كدليل لإثبات أنها كانت الوسيلة التي حصل بها الزوج عليها، مع تمسك الزوجة بأن حصوله عليها كان بطريق السرقة، هو تقرير غير صحيح انتهى عليه القضاء في الدعوى. وكان الواجب على المحكمة تمييز طابع الطائفة لتقول ما إذا كانت وسيلة الزوج في الحصول على هذه المخرجات مشروعة فقبلها كدليل في الإثبات، أم غير مشروعة فلا قبلها». (نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض، رقم ٥٠ ص ٢٤٩). انظر في هذه المسألة الأستاذ عبد المنعم فرج الحسني في الإثبات لفكرة ١٤٨ ص ١٦٥ - ص ١٦٦ وعلني رقم ١ من ص ١٦٦. انظر أيضاً الأستاذ أحمد نغلات في الإثبات ١ فكرة ٣٦٥. وفي القانون الفرنسي يودى ويلارد؛ فكرة ٢٤١٧ - يمان ويرد ٩ فكرة ١٢٢٨ ص ٣٩١ - ص ٣١٢.

(٢) انظر المادتين ١٦٣ و ١٦٤ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، وقد سبق ليرادها (انظر فكرة ١٣١ في المبادئ). ويلاحظ أن المادة ١٦٤ من هذا القانون نكست على أنه «في المواد المدنية، لا يجوز إبراز الكتاب الغير إلا بالتفاهل للمرسل والمرسل إليه». وضعت المادة ١٦٣ على أنه «في المواد التجارية لا تكون الكتب سرية على الإطلاق».

وينتقل حق المرسل إليه في الرسالة كتليل إثبات إلى وورثته من بعده . فلهم استعمالها كخلف له في نفس الحدود التي يجوز فيها ذلك للمرسل إليه : لمصلحة مشروعة وبشرط عدم انتهاك حرمة السرية .

وهذه الأحكام إنما هي تطبيق للقواعد العامة ، وكان معمولاً بها في ظل التقنين السابق .

١٣٤ - متى يجوز الفير أنه بمنح بالرسالة : ولا يقتصر حق الاحتجاج بالرسالة على المرسل إليه وورثته ، بل يمتد هذا الحق إلى الفير ، وهو كل شخص غير المرسل إليه وورثته تكون له مصلحة مشروعة في الاحتجاج بها . مثل ذلك أن تتضمن الرسالة إقراراً من المرسل بفيد الفير ، أو تتضمن اشتراطاً لمصلحة هذا الفير . ذلك أن حق الاحتجاج بالرسالة ليس مستمداً من أنها ملك للمرسل إليه ومن أنه في الاحتجاج بها إنما يستعمل ملكه ، ولكنه مستمد من أن الرسالة تطوى على دليل إثبات ، فمن كان في حاجة إلى هذا الدليل لإثبات دعواه أمام القضاء جاز له أن يطلب تقديم الرسالة . ويتبين من ذلك أن حق الاحتجاج بالرسالة مستمد ، لا من حق الملك ، بل من الحق في الإثبات وهو الحق الذي رسنا مداه فيما تقدم<sup>(١)</sup> .

وهو حق ضيق في التشريع المصري . فقد رأينا أن تقنين المرافعات الجديد (٢٥٣م) يميز الخصم - وهو هنا الفير - أن يطلب إلزام خصمه - وهو هنا المرسل إليه إذا كانت الدعوى قائمة بينه وبين الفير - بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى ، ومن ذلك الرسالة التي تتضمن دليلاً لمصلحة الفير ، إذا كانت الرسالة محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبته لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة أو استند إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى . ويجب فوق ذلك ألا يكون في

(١) والفقه في فرنسا يميز بين حق ملكية الرسالة وحقوق أخرى تنصب على الرسالة ولكنها لا تخطئ بحق الملكية المادية ، وذلك كحق السرية في الرسالة (le droit secret) ، وحق تقديم الرسالة دليلاً للإثبات (le droit à la preuve) ، وحق الملكية المعنوية في الرسالة (propriété littéraire) ، وغير ذلك من الحقوق المتنوعة (انظر في هذه المسألة جـ : في الحقوق المتعلقة بالرسائل - تعليق بارتان على أوبري ورو ١٢ ص ٢٨٩ هامش رقم ٤ مكرر - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٤٦) .

تقديم الرسالة انتهك لحمة السرية، وإلا وجب أيضاً استئذان المرسل قبل تقديمها،  
هذا ما لم يكن المرسل نفسه هو الخصم الذي طلب تقديم الرسالة

وهذا كله لو كانت الرسالة في يد المرسل إليه كما هو الغالب . ولكنها قد  
تقع في يد الغير الذي له مصلحة مشروعة في الاحتجاج بها . فان وقعت في يده  
بطريقة غير مشروعة ، كأن كان قد أخذها خلسة أو احتيالا<sup>(١)</sup> ، فلا يجوز له  
تقديمها بتاتاً ، وإذا قلمها وجب استبعادها . أما إذا وقعت في يده بطريقة  
مشروعة<sup>(٢)</sup> ، فلا يجوز له كذلك تقديمها إلا باذن المرسل إليه مالك الرسالة ،  
ما لم يكن له فيها حق الإثبات في الأحوال التي قلمناها فيجوز له تقديمها بغير  
إذن المرسل إليه<sup>(٣)</sup> . وفي جميع الأحوال لا يجوز تقديم الرسالة إذا كان في تقديمها  
انتهاك لحمة السرية إلا بعد استئذان المرسل<sup>(٤)</sup> . ولا تعتبر الرسالة سرية لجرد أنها  
موجهة لشخص غير الذي يحتاج بها<sup>(٥)</sup> ، بل السرية ترجع إلى موضوع الرسالة  
نفسه ، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ذلك<sup>(٦)</sup> .

١٣٥ - قوة البرقية في الوثبات : والبرقية قوتها في الإثبات كقوة  
الرسالة الموقفة ، بشرط أن يكون أصل البرقية المودع في مكتب التصدير، وقمّا عليه

(١) بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٥٠٤ ص ٩٥٠ حاشي رقم ٥ .  
(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « ولو فرض  
على نقيض ما تقدم أن رسالة وجهت إلى شخص ثالث ، وتمكن أحد الطرفين من تقديمها بعد  
الحصول عليها بطريق مشروع ليستخلص منها دليلاً على ما يدعى قبل الطرف الآخر ، فمجببة مثل  
هذه الرسالة تترك لتقدير القاضي ، بوله أن يسترشد في شأنها بالأحكام الخاصة بما يصدر من  
الإقرارات في غير مجلس القضاء » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٣٧٩) . وتصرف هذه  
العبارة إلى حجية الرسالة أي قسماً في الإثبات ، لا إلى الحق في تقديمها إلى القضاء .

(٣) قانون أوبري ورو ١٢ ص ٢٨٩ — ٢٩١ .  
(٤) أوبري ورو ١٢ ص ٢٩١ — ٢٩٢ — بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٥٠٤  
ص ٩٤٩ — ٩٥٢ .

(٥) قانون أوبري ورو ١٢ ص ٢٩٢ — ٢٩٣ .  
(٦) بودوي وبازد ٤ فقرة ٢٤٦٦ . والحق في السرية لا يستند إلى حق ملكية الرسالة ولا إلى  
اتفاق بين المرسل والمرسل إليه ولا إلى الحق في الإثبات ، وإنما يستند إلى الحرمة الشخصية .  
انظر في هذه المسألة تعليق بارتان على أوبري ورو ١٢ ص ٢٩٢ حاشي رقم ١٥ والأصل  
عند المنتم فرج القصة في الإثبات فقرة ١٤٦٦ . وانظر أيضاً بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٥٠٤  
والموجز المؤلف فقرة ٩٥٢ .

من المرسل . فلك أن البرقية هي أصل وصورة . فالأصل يكتبه المرسل خاتمة  
خطه ويوقعه ، وهو يحفظ في مكتب التصدير لمدة معينة هي ثلاثة أشهر من تاريخ  
صدور البرقيات الداخلية وعشرة شهور من الشهر التالي لصدور البرقيات الخارجية  
وخمسة عشر شهراً من الشهر التالي لصدور البرقيات اللاسلكية <sup>(١)</sup> . والصورة  
يكتبها عامل البرق الذي يتلقى البرقية في مكان وصولها ، ويرسل بها إلى المرسل  
إليه . فلا يكون إذن في حيازة المرسل إليه كدليل للإثبات إلا هذه الصورة .  
وهي في ذاتها ، كصورة لورقة عرفية ، ليست لها قيمة في الإثبات . وإنما  
تفترض مطابقتها للأصل مادام الأصل لا يزال موجوداً بمكتب التصدير . فإذا  
أدعى المرسل أن هذه المطابقة غير متوافرة ، فعليه أن يطلب من « مصلحة  
التطبيقات » تقديم الأصل ، وتضاهي عليه الصورة . فإن تحقق التطابق ، كان  
البرقية حجة الورقة العرفية : من حيث صحة صدورها من مرسلها إلى حد  
الإنكار ، ومن حيث صحة الوقائع الواردة بها إلى حد إثبات العكس ، ومن حيث  
قيام التصرف القانوني الذي تشهد به مع جواز دفعه بجميع الدفوع الموضوعية  
والشككية ، وكذلك من حيث جواز تمسك المرسل إليه وتمسك الغير بالبرقية على  
النحو الذي بسطناه في الرسالة . ولكن هذه الحجة مستمدة ، لامن الصورة ،  
بل من الأصل الذي وجدت الصورة مطابقة له . ويعتبر تاريخ البرقية تاريخاً  
ثابتاً ، لأن خاتم المكتب الذي يحتم به الأصل يحمل تاريخ الإرسال ويمكن  
التأكد من صحة التاريخ بالرجوع إلى دفتر معد لذلك <sup>(٢)</sup> . فإذا لم تكن الصورة  
مطابقة للأصل ، فالعبرة بالأصل الموقع من المرسل لا بالصورة التي يكون  
التحريف قد تسرب إليها من عامل البرق .

أما إذا كان الأصل الموقع عليه قد أعدم بعد انقضاء المدة معينة <sup>(٣)</sup> ،

(١) انظر المادة ٧٦ من دليل التطبيقات .

(٢) وكذلك صورة البرقية ، لأنها تتم أيضاً في مكتب حجة الوصول بحتم مؤرخ (انظر في  
هذه المسألة الأستاذ أسد نشأت في الإثبات ١ فترة ٣٧٥ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصمد  
فترة ١٥٠ ص ١٧١) .

(٣) وإذا عثر المرسل إليه من إعدام الأصل قبل قيام النزاع المحتل ، كان له أن يلجأ إلى  
مكتب تحقيق الخطوط الأصلية ، فيستخلص من البرقية لغير مصدورها ، وفقاً للأجراءات  
التي قررها تفتين المرافعات وقد سبقت الإشارة إليها (انظر الأستاذ أسد نشأت في الإثبات ١  
فترة ٧٣٣ — فترة ٣٧٤ — عبد المنعم فرج الصمد في الإثبات فترة ١٥٠ ص ١٧١) .



أو كان غير موجود بأن سرق أو احترق أو ضاع أو فقد لأي سبب آخر ، فلا حجة بالصورة ، لأن الحجة إنما هي كما قلنا مستمدة من الأصل . ولا تصلح الصورة في هذه الحالة إلا لفرد الاستثناس ، وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ٣٩٦ وقد تقدم ذكرها . ولا تعتبر الصورة مبدأ لثبوت بالكتابة لأنها ليست بخط المرسل ، ولا يعتد بأنها صدرت من موظف عام لأنه ليس من شأنه أن يتحقق من شخصية مرسل البرقية ، ويقع كثيراً أن يكتب البرقية ويتولى لإرسالها شخص غير صاحبها<sup>(١)</sup>.

بقيت حالة ما إذا كان الأصل غير موقع عليه من المرسل . وهذه تخضع للقواعد العامة ، إذ لم يرد نص خاص في شأنها . وتقضي القواعد العامة في هذه الحالة أن تكون العبرة بالأصل لا بالصورة كما قلنا . فإذا لم يوجد الأصل غير الموقع ، فالصورة لا تصلح إلا لفرد الاستثناس وفي كثير من الحظر لأن الأصل لم يقع عليه . وإذا وجد الأصل غير الموقع ، فهو أيضاً لا يكون دليلاً كاملاً لاتخاذ التوقيع ، ولكنه قد يكون مبدأ لثبوت بالكتابة إذا كان مكتوباً بخط المرسل<sup>(٢)</sup>.

(١) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٣٤ عاشر رقم ٥ .  
(٢) قارن في كل هذا في الفقه الفرنسي يودى وهارد ١ لفرقة ٢٤٧٥ - لفرقة ٢٤٧٧ - بالابول وريير وجابول ٧ لفرقة ١٥٠٦ ص ٩٥٥ - طاً وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في شأن البرقيات ما يلقى : فأما البرقيات ، وهي التي تكفلت للفرقة الثانية ببيان حكمها ، فهي تخضع عن الرسائل من حيث إيجاز المضمون وسرعة الإيلاج . بيد أن ثمة ظرفاً آخر يتصل بكمية الإيلاج . فالمرسل إليه لا يتسلم أصل البرقية ، بل يتسلم صورة منها يحول تحريرها موظف مصلحة الطلغات في المكتب المخصص بتلقي مضمون الرسالة . ومن المسلم أن صور الأوراق البرقية لا تتوافر لها أي حجية في الإثبات . بيد أنه رضى من الأنسب أن يلتزم القانون مطابقة الصورة المسلمة إلى المرسل إليه لأصلها ، إذ ليس لموظف مكتب الطلغات المخصص بمصلحة في تغيير مضمون هذا الأصل . وهذا تنحصر احتمالات مطابقة الصورة للأصل ، برجع عام ، فيما لا يقع من هذا الموظف من خطأ . وهذه الثقة أجيء لدى التشأن بأن يتم التحويل على اختلاف الصورة عن أصلها ، وهو أمر يسير يكفى فيه تقديم الأصل المخطوط في مكتب الإرسال . ولا يكون نصيب البرقية من الحجية معادلاً لنصيب الأوراق البرقية منها إلا بخلاف شرط جوهرى هو توقيع المرسل على الأصل . بيد أنه تقوّل مصلحة الطلغات حق إصدار أصول البرقيات بعد انتفاء فترة قصيرة من الزمن يحصل حجية الرسائل البرقية أدنى إلى التوقيات وحسبها من الاستمرار أقل ما يوافر لرسائل البريدية . وقد سوى المقتنين المراكشي (الواد ٢٨ - ٤٣٠) =

عن أن الأحكام نفسها التي أوردتها الفئتين الجديدي في شأن البرقيات ليست  
إلا تطبيقاً للقواعد العامة، وقد كان معمولاً بها في ظل الفئتين السابق دون نص<sup>(١)</sup>.

## المبحث الثاني

### دفاتر التجار

١٣٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٩٧ من الفئتين المعدن  
على ما يأتي :

١ - دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المنجدة  
فيها عما وردده التجار تصلح أساساً يجوز للقاضي أن يوجه اليقين المنجدة إلى أي  
من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبيئة .

٢ - وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه  
الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد  
فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه<sup>(٢)</sup> .

= والمشرع الفرنسي الإيطالي (المادة ٢٤٨ ) بين البرقيات وبين سائر الأوراق العرفية من حيث  
الحجية (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٣٧٩ - ص ٣٨٠) .

(١) وقد جاء في الموجز المؤلف (فقرة ٦٥١) شرحاً لقانون التقدم ما يأتي : .. فلا تعتبر  
البرقية دليلاً إلا إذا أمكن الرجوع إلى الأصل المكتوب بنط المدين أو الموقع عليه منه .  
هذا وقد قسمت محكمة الموكس بأنه لا يجوز إعطاء صور التلغرافات قنبر لأنها معتبرة من  
الأوراق الخصوصية التي قد تكون سرية (١٩ مايو سنة ١٩٢٥ الحامدة ٦ رقم ١١٤  
ص ١٦٤) .

أما إثباتات التعلق بالتليفون فتسرى عليه القواعد العامة (انظر في هذه المسألة الأستاذ أحمد  
نقاش في الإثبات ١ فقرة ٣٧٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٢٢ من المشروع النهائي على وجه مطابق  
لما استقر في الفئتين الجديد مع عدم إيراد عبارة هوذلك فيما يجوز إثباته بالبيئة الواردة في آخر  
الفقرة الأول . وفي لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة حتى يقتصر حكم النص على ما يجوز  
إثباته بالبيئة : وأصبحت المسألة رقمها ٤١٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليها ،  
ثم لجنة الشيوخ بمسألة أمال كلية ه المنجدة ه بكلمة الواردة في الفقرة الأول ، وأصبح  
رقم المادة ٣٩٧ . ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التصديرية ٣  
ص ٣٨١ وص ٣٨٢ - ص ٣٨٤) .

ولا مقابل هذا النص في التفتين المدني السابق . ولكن التفتين التجارى المشتمل على نصوص طبقها القضاء واستخلص منها الأحكام التى تضمنتها المادة ٣٩٧ من التفتين المدني الجديد ، فيها علنا حكماً واحداً استحدثته هذه المادة وهو الحكم الخاص بالبيانات الواردة في دفاتر التجار متعلقة بما ورد فيه لغير التجار ، وقد نقل هذا الحكم من المادة ١٣٢٩ من التفتين المدني الفرنسى .

وقابل هذا النص في التفتينات العربية : في قانون البيئات السوري المواد ١٤ و١٧ ، وفي التفتين المدني العراقى المادة ٤٥٨ ، وفي تفتين أصول المحاكمات المدنية اللبناني للمواد ١٧٠-١٧٢ ، وفي التفتين المدني للمملكة المتحدة الهيبه للمادة ٣٨٤<sup>(١)</sup> ،

== وقد جادى المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يلى : « هــج المشروع في هذه المادة ما ورد من الأحكام في المادتين ٢٨٩ و٢٨٥ من المشروع الفرنسى الإيطالى . ويرامى أن يحد الأحكام قد استقيت من المادتين ١٣٢٩ و١٣٣٠ من التفتين الفرنسى ، والمادتين ١٣٢٨ و١٣٢٩ من التفتين الإيطالى ، والمادة ١٣٢٨ من التفتين الإسباني ، والمادتين ٤٢٣ و٤٢٨ من التفتين المراكشى . وقد نعت المسادة ١٩١٩ من التفتين المولتى على أن الدفاتر التجارية تكون حجة على غير التجار بكمية ما تم توريده من البضائع ونوعها من توارث الشروط الثلاثة الآتية : (١) أن يكون للتاجر قد اعتاد أن يبيع إلى غير التجار نسخة (٢) أن تكون الدفاتر حرة وفقاً لأحكام القانون (٣) أن يؤكده المعلن صحة دعواه بأداء يمين على ذلك . ويستخلص من هذه النصوص مع اختلافها في التعبير أن حجية الدفاتر التجارية ليست بمجرد مطلق بل على وجه من الوجوه ، ويرامى أن هذه الحجية لا تكفي إلا للدفاتر التى يصحب على التاجر إسكانها وفقاً لأحكام المواد ١١ و١٢ و١٣ من تفتين التجارة المصرى ، وهو دفتر اليومية ودفتر صور الخطابات (الكوبيا) ودفتر الجرد . وقد قصد من إلزام تجار بإسكان هذه الدفاتر ، واشتراط ترتيبها وتأسيس الموظفين المختصين على أوراقها ، إلى رعاية مصلحة المشتغلين بالتجارة ، والأصل جواز التمسك بدفاتر التجار قبله ، باعتبار أنها من قبيل الأوراق غير الموقع عليها التى تصدر من جانب واحد ، وأن وجوب إسكانها روميت فيه مصلحة للتاجر نفسه . بيد أنه لا يجوز للتاجر أن يستند إلى هذه الدفاتر كدليل لإثبات الالتزام قبل حــز يتصادف معه من غير التجار ، إذ من الملتح أن يصنع الإنسان دليلاً لنفسه » ( المادة ١٠٨ من تفتين السويسرى ) . ( مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٢٨٢ ) .

(١) نصوص التفتينات العربية الأخرى : قانون البيئات السوري م ١٤ : دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار . إلا أن البيانات الواردة فيها بما ورد فيه التجار تسلم أساساً على السكينة أن توجه المدين المتسعة إلى من الطرفين — م ١٥ : دفاتر التجار الإجبارية تكون حجة : ١ — على صاحبها سواء أكانت معطية أم لم تكن ، ولكن لا يجوز أن يرد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يخرجه ما ورد فيها ويستند ما كان متعلقاً لدعواه . ٢ — لصالحها في المنازعات

ويقابل في الفنين الملقب الفرنسي المادتين ١٣٢٩ و ١٣٣٠ (١).

## المطلب الأول المطار التجارية

١٣٧ - مسألتاه : نبحث هنا : (أولاً) ما هي المطارات التجارية وكيف

تنظم (ثانياً) متى يجوز للقاضي الأمر بتقييدها ومتى يجوز له الأمر بالإغلاق عليها.

== الفصحة بتجارته : إذا كانت منظمة وكان الملاك يمتد بين تاجر - م ١٦ : إذا تباينت القيود بين مطار منظمة لتاجر ، جاز للقاضي أن يقرر إما تباين المصالحين المتصارعين وإما الأخذ بأحداهما دون الأخرى على ما يظهر له من ظروف القضية - م ١٧ : يجوز للقاضي في بعض الحالات بين التجار أن يقرر أن يرد البينة التي تستخلص من المطار التجارية غير الإجبارية أو من المطارات الإجبارية غير المنظمة ، وذلك على ما يظهر له من ظروف القضية - وهذه التصور لا تختلف في أحكامها من أحكام القانون المصري إلا في بعض التفاصيل تظهر في مواضعها ، على أن نصوص قانون البينات السوري أدق صياغة وأكثر تفصيلاً من نص الفنين المصري .

الفنين الملقب العراقي م ٤٥٨ : ١ - مطار التجار لا تكون حجة على غير التجار . غير أن البينات الواردة فيها ما ووده التجار تصلح أساساً بغير لمسكة أن توجب البينة المنسوبة لأي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة . ٢ - أما قوة هذه المطارات فيما بين التجار فتخرج له أحكام قانون التجارة - وتطابق الفقرة الأولى من هذا النص نص المصري . ويظهر في أحكام قانون التجارة العراقي فيما يتعلق بالفقرة الثانية .

الفنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٧٠ : أن المطارات التجارية الإجبارية تصلح حجة : (أولاً) على من عليها مصلحة أي شخص سواء كانت منظمة حسب الأصول أم لا ، ولكن الفريق الذي يرى بما لا يحل له أن يستفيد منها إلا إذا قبل جميع مترداتها . (ثانياً) بين التجار مصلحة منظمة حسب الأصول في المصالحات الخاصة بتجارته - م ١٧١ : إذا تباينت القيود في تاجر كان كلاًهما منظمة حسب الأصول ، من القاضي أن يقرر ، حسب مقتضى الحال ، إما تباين المصالحين المتصارعين وإما الأخذ بأحداهما دون الأخرى - م ١٧٢ : أن البينة التي تستند في التجاري القائمة بين التجار من مطار تجارية غير إجبارية أو من مطار تجارية إجبارية منظمة على خلاف الأصول يجوز للقاضي أن يقبلها أو أن يردّها حسب مقتضى الحال . ويظهر أن قانون البينات السوري قد استمد نصوصه من نصوص الفنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والقانون السوري والقانون اللبناني مطابقتان في هذه المسألة ، فيما دعا المادة ١٤ من قانون البينات السوري فقد استمدت من الفقرة الأولى من المادة ٣٩٧ من الفنين الملقب المصري ولا نظير لها في الفنين اللبناني .

الفنين الملقب لمصلحة المصلحة العامة م ٣٨٤ : مطابقة نص المصري .

(١) الفنين الملقب الفرنسي م ١٣٢٩ : مطار التجار لا تكون حجة على غير التجار في ==

١٣٨ - ماهي الرقار التجارية وكيف تنظم : لانظيل في بحث هذه المسألة فهي من مسائل القانون التجاري . وبحسبنا هنا أن نذكر أن التفتين التجاري أوجب على التجار ، تنظيم حساباتهم وتيسيراً عليهم في الإثبات ، أن يحسبوا دفاتر معينة كانت ، بحسب المواد ١١-١٣ من التفتين التجاري التي ألغاهما القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ ، ما يأتي (١) :

(١) دفتر اليومية (livre-journal) : كانت المادة ١١ من التفتين التجاري تنص على أنه يجب على كل تاجر أن يكون له دفتر يومية يشتمل على بيان ما له وما عليه من الديون يوماً فيوماً ، وعلى بيان أعمال تجارته ، وبيان ما اشتراه أو باعه أو قبله أو أحاله من الأوراق التجارية ، وعلى بيان جميع ما قبضه وما دفعه . ويكون مشتملاً أيضاً على المبالغ المنصرفة على منزله شهراً فشهراً إجمالاً بغير بيان لمقر داتها .

ونرى من ذلك أن دفتر اليومية هذا يدون فيه التاجر كل العمليات التي يجريها في يومه ، دون تمييز بين ما هو متعلق بتجارته وما هو غير متعلق بها ، حتى الهبات والصدقات التبرعات ، وتنفق المبالغ المنصرفة على منزله وإن كان يذكرها إجمالاً شهراً فشهراً . ولكن أهم ما يدون في دفتر اليومية هو ما يتعلق

---

= البيانات الواردة فيها بشأن التوريدات ، وذلك فيما عدا ما ينص عليه في المين - م ١٣٣٠ :  
دفاتر التجار حجة عليهم ، ولكن لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئها ما ورد فيها ويستعمله ما كان متعلقاً لغيره .  
وهذا هو النص في أصله الفرنسي :

Art. 1329 : Les registres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard de l'arment.

Art. 1330 : Les livres de marchands font preuve contre eux; mais celui qui en veut tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention.

(١) رأينا أن نختتم نصوس المواد ١١ - ١٤ من التفتين التجاري بالرغم من أن القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ استبدل بها نصوصاً جديدة ، لأن الدفاتر التجارية التي نظمت في ظل النصوص القديمة حتى إلى مدة طويلة تستخدم للإثبات ، وذلك لحداثة العهد بالتشريع الجديد . ومن ثم وجب استعراض النظام السابق في إيجاز .

بأعمال التجارة ، فيدون التاجر ، يوماً فيوماً ، ما اشتراه أو باعه ، وما قبضه أو دفعه ، وما استجده من حقوق أو استحلته من ديون ، وما قبله من الأوراق التجارية أو أحاله منها ، وكل بيان يتعلق بأى عمل تجارى آخر أجراه .

(٢) دفتر المراسلات (livre-copie des lettres) : وكانت المادة ١٢ من التقنين التجارى تنص على أنه : يجب على التاجر أن يقيد في دفتر مخصوص صور ما يرسله من الخطابات المتعلقة بالأشغال ، وأن يجمع ما يرد إليه منها في كل شهر ويضعه في ملف على حدة .

والأمر هنا مقصور على المراسلات المتعلقة بأعمال التجارة ، دون المراسلات المتعلقة بالشؤون الخاصة . فيقيد التاجر في دفتر المراسلات صور جميع المراسلات التى أصلدها متعلقة بعمله التجارى ، سواء كانت خطابات أو برقيات أو قوائم (factures) أو تذاكر نقل (lettres de voiture) أو تذاكر شحن (connais-sements) أو غير ذلك . ويحفظ بما يتلقاه من مراسلات ، أى بالأصول ذاتها ، جامعا ما يرد إليه منها كل شهر في ملف على حدة (en liasse) . وهذه المراسلات - ما أصلده وما تلقاه - قد تكون مصدراً لإثبات كثير من العقود والأعمال التجارية .

(٣) دفتر الجرد (livre des inventaires) : وكانت المادة ١٣ من التقنين التجارى تنص على أنه : يجب على كل تاجر أن يجرد كل سنة أمواله المنقولة والثابتة ، ويحصر ما له وما عليه من الديون ، ويقيد صورة قائمة الجرد المذكور في دفتر يعد لذلك زيادة على الدفترين المذكورين في المادتين السابقتين .

فالجرد إذن هو حصر سنوى لأموال التاجر المنقولة والثابتة ، وكذلك حصر سنوى لما للتاجر وما عليه من الديون : وتقيد صورة من قائمة هذا الجرد في دفتر الجرد (١) .

(١) هذه كانت هي المفار التجارية الإلزامية طبقاً لتقنين التجارى . ويوجد إل جالها دفترا احتيارية (facultatifs) أو إضافية (auxiliaires) درج كبير التجار على إسكانها . أمهما : (١) دفتر الأستاذ (Grand Livre) ، وترسل إليه السجلات المرفوعة في دفتر اليومية مختلفة ، لا بحسب تاريخ وقوعها كما هي الحال في دفتر اليومية ، ولكن بحسب أسماء المصروفين أو نوع السجلات . فيكون لكل عمل ، أو لكل نوع من السجلات . حساب مستقل له وصيده . =

وكانت المادة ١٤ من التفتين التجارى تنص على أنه « يجب أن تكون هذه الدفاتر خالية من كل فراغ أو يابض أو كتابة فى الحواشى ، هذا ما يترك من البياض فى دفتر الذى تقيد فيه صور الخطابات بطريق الطبع . ويلزم قبل بدء الكتابة فى اليومية ودفتر الجرد أن تترك كل صحيفة منها ، وتوضع على كل ورقة بدون مصلوف علامة للأمور التى تعينه المحكة الابتدائية لذلك ، وفى آخر كل سنة يضع هذا الأمور أيضاً فى الدفترين المذكورين وفى دفتر صور الخطابات التأشير اللازم بحضور التاجر الذى يقدمها ، بدون أن يجوز للأمور المذكور بأى وسيلة كانت الاطلاع على مضمون الدفاتر القديمة له ولا حجزها عنده . وقد قصد بتسمية الصفحات منع التاجر من اعدام بعض هذه الصفحات ، ومن وضع علامة (paraphe) الأمور - ويكون غالباً رئيس قلم الكتاب بالمحكة - عليها منع التاجر من تحشير صفحات جدد إلا إذا زور علامة الأمور فيما عاب على جريمة التزوير ، ومن وضع التأشير فى نهاية الدفتر منع التاجر من إضافة صفحات جديدة إلا إذا عرض نفسه هنا أيضاً لعقوبة التزوير . وتنص المادة ١٥ من التفتين التجارى على أن « الدفاتر التى يجب على من يشتغل بالتجارة اتخاذها لا تكون حجة أمام المحاكم ما لم تكن مستوفية للإجراءات السالف ذكرها . فإذا استوفت الدفاتر التجارية هذه الإجراءات ، كانت مستظمة ، وكان لها من الحجية ما يستدكره فيما يلى . على أن الدفاتر غير المستظمة ، وهى التى لم تستوف هذه الإجراءات كلها أو بعضها ، لا يزال لها بعض الحجية كما سنرى .

هذا وقد ألغى المشرع المصرى ، بمقتضى القانون رقم ٢٨٨ لسنة ١٩٥٣ المتشور فى الوقائع المصرية ( العدد ٦٤ مكرر الصادر فى ٦ أغسطس سنة ١٩٥٣ ) ، المواد ١١-١٤ من التفتين التجارى وهى المواد التى تقدم ذكرها ، واستبدل بها نصواً جديدة تنظم دفاتر التجار تنظيمًا أدق وأكثر مساهرة لتنظيم المحيطة فى إدارة الأعمال . وقد أصبح بموجب هذا القانون الجديد واجباً على التاجر أن يمسك من الدفاتر التجارية العدد الذى تستلزمه طبيعة تجارته وأهميتها ، بحيث

== (ب) دفتر المشتريات والمبيعات (livre de achats et ventes) ، فيه السلع التى تسجل الحازن والى تخرج منها ( - ) دفتر الخزنة (livre de caisse) ، فيه المبالغ المدخلة والمخرجة . (د) دفتر الأوراق التجارية (l'écrouancier) ، فيه سوائمه لاستيفاء هذه الأوراق .

لا يقل عدد هذه الدفاتر عن اثنين : (١) دفتر اليومية الأصلي وتفيد فيه جميع العمليات المالية التي يقوم بها التاجر وكذلك مسحوباته الشخصية . ويتم هذا التقييد يوماً ف يوماً . ويجوز استعمال دفتر يومية مساعدة ، ويمكن في هذه الحالة بتفصيل إجماليات في دفتر اليومية الأصلي في فترات منتظمة من واقع هذه الدفاتر . (٢) دفتر المبرد : وتفيد فيه تفاصيل البضاعة الموجودة في آخر السنة المالية ، أو بيان إجمالاً عنها إذا كانت التفاصيل واردة بدفاتر وقوائم مستقلة . وعند ذلك تعتبر هذه الدفاتر والقوائم جزءاً متصلاً للدفتر المذكور . ويحفظ التاجر بصورة من المراسلات والبرقيات التي يصلها وبأصول ما يرد إليه منها ، ويقوم هذا مقام دفتر المراسلات . وقد استبقى قانون سنة ١٩٥٣ تنمبر الصفحات وتوقيع الموثق الواقع في دائرة اختصاصه المحل التجارى ( بدلاً من رئيس قلم كتاب المحسبة ) على كل ورقة<sup>(١)</sup>.

(١) وهذه هي أهم نصوص القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ :

١ م : على كل تاجر أن يسلك الدفاتر التجارية التي تستلزمها طبيعة تجارته وأنها بطريقة تكفل بهان مركز المال بالغة وبيان ماله وما عليه من المبرور المتصلة بتجارته . ويجب أن يسلك على الأقل الدفترين الآتين : (١) دفتر اليومية الأصل (٢) دفتر المبرد . ويمنع من هذا الاستثناء التجار الذين لا يزيد رأس مالم على ثلثائة جنيه .

٢ م : تفيد في دفتر اليومية الأصل جميع العمليات المالية التي يقوم بها التاجر وكذلك مسحوباته الشخصية ، ويتم هذا التقييد يوماً بيوم وبالتفصيل . ويجوز للتاجر أن يستعمل دفتر يومية مساعدة لإثبات تفاصيل الأنواع المختلفة من العمليات المسالية — ويمكن في هذه الحالة بتفصيل إجماليات هذه العمليات في دفتر اليومية الأصلي في فترات منتظمة من واقع هذه الدفاتر . فلذا لم يتبع هذا الإجراء وجب إضمار هذه الدفاتر للأحكام الواردة في المادتين الخامسة والسادسة من هذا القانون .

٣ م : تفيد في دفتر المبرد تفاصيل البضاعة الموجودة لدى التاجر في آخر سنة المالية أو بيان إجمالاً عنها إذا كانت تفاصيلها واردة بدفاتر قوائم مستقلة . وفي هذه الحالة تعتبر تلك الدفاتر أو القوائم جزءاً متصلاً للدفتر المذكور . كما تفيد بالدفتر صورة من الميزانية العامة للتاجر في كل سنة إذا لم تفيد في أي دفتر آخر .

٤ م : على التاجر أن يحفظ بصورة طبق الأصل من جميع المراسلات والبرقيات التي يرسلها لأعمال تجارته وكذلك جميع ما يرد إليه من مراسلات وبرقيات وقرائير وغيرها من المستندات التي تتصل بأعمال تجارته . ويكون الحفظ بطريقة منظمة تسهل معها مراجعة الشهود الحسابية ، وتكفل عنه الزموم التحقق من الأرباح والخسائر .

٥ م : يجب أن تكون الدفاتر المنصوص عليها في هذا القانون خالية من أي فراغ أو كتابة في الحواشي أو كشط أو تحشير فيما دون بها . ويمنع قبل استعمال دفتر اليومية والمبرد أن تنسر كل صفحة من صفحاته وأن يورق على كل ورقة فيها الموثق الواقع في دائرة اختصاصه المحل =



القانون التجاري إذن أقرم التجار اتخاذ مقرر متضمنة يسجلون فيها ما لهم من الحقوق وما عليهم من الواجبات ، ويقبلون جميع ما يرتبط بأعمالهم التجارية . وقد جعل لنظام هذه المقررات جزأين : جزاء مالياً هو سلب هذه المقررات من كثير من فروعها في الإثبات ، وجزاء جنائياً إذا أخلس التجار ومقرراته غير منتظمة<sup>(١)</sup>.

١٣٩ - نغريم وفاء التاجر ووسطه على : ولما كان من أهم أغراض دفاتر التجار هو أن تكون أدلة للإثبات ، فقد نص القانون التجاري على وسيلتين لتحقيق هذا الغرض : أولاً بتقديم هذه المقررات (représentation) والأخرى الإطلاع عليها (communication)<sup>(٢)</sup>.

أما التقديم ، فقد نصت عليه المادة ١٨ من القانون التجاري على الوجه الآتي : ويجوز المحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها في أثناء الخصومة بتقديم المقررات المستخرج منها ما يتعلق بهذه الخصومة . وهذه الوسيلة جائزة في جميع المنازعات التجارية والمدنية ، سواء كان الخصم الآخر تاجراً أو غير تاجر ، لإطلاع الخصم .

١٤٠ - التجارى . ويجب على التاجر أن يقدم إلى الموقوف عليه المقررين في خلال شهرين من آخر كل سنة مالية لتأخير عليها بما عليه التاجر وذلك بمقتضى المقررات ودون حجز عليه المقررين لدى الموقوف . فإذا انتهت مضيعة المقررين كمين على التاجر أن يقدمها إلى الموقوف لتأخير عليها بما عليه ذلك بعد آخر قيد . كما يمين على التاجر وودعه في حالة وقف نشاط العمل التجارى تقديم المقررين المشار إليها إلى الموقوف لتأخير عليها بما عليه ذلك . ويكون التوقيع والمقررات في الحالات المخصصة بغير رسوم .

١٤١ م : يحد في كل مكتب توثيق ومفوضية سجل يدون فيه الموقوف ما قام به بالتسليم إلى كل دفتر من دفاتر التجار من الإجراءات المنصوص عليها في المادة الخامسة ، ويجب فيه كذلك إقراراً من صاحب الشأن بأن هذه المقررات هي أول دفاتر له أو أن مقرراته السابقة قد أُنقِطت .

١٤٢ م : على التاجر وودعه الاحتفاظ بالمقررات المنصوص عليها في هذا القانون مدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ إقفالها . ويجب عليهم كذلك حفظ المراسلات والمستندات والصور المشار إليها في المادة الرابعة مدة عشر سنوات .

١٤٣ م : كل مخالفة لأحكام هذا القانون أو القرارات الصادرة تنفيذاً له يعاقب مرتكبها بغرامة لا تقل من خمسين جنياً ولا تزيد على مائتي جنياً .

(١) الموجز للوظائف بقرة ٦٤٦ ص ٦٧٧ .

(٢) وبمثل ذلك المقررات الإنشائية والمقررات الإيعازية .

والمحكمة أن تلجأ إليها من تلقاء نفسها دون طلب من الخصوم . وفترض منها معلود : هو أن تطلع المحكمة - دون الخصوم - على دفاتر التجار ، لا في جميع أجزائها ، بل في الجزء الذي وردت فيه البيانات المتعلقة بالخصومة . وقد تطلع المحكمة على هذا الجزء بنفسها ، أو بواسطة خبير تنبئ لذلك وهو الخائب . ويقع اطلاع المحكمة أو الخبير على الدفاتر بحضور التاجر صاحبه وتحت رقابته . ويجوز للمحكمة ، إذا كانت الدفاتر التي أمرت بتقديمها في مكان بعيد ، أن تطلب من أقرب محكمة القيام بهذه المهمة (Commission rogatoire) فتقوم بها وتحضر تقريراً بذلك ترسله إلى المحكمة الأولى<sup>(١)</sup>.

وأما الاطلاع ، فقد نصت عليه المادة ١٦ من المقتضى التجارى على الوجه الآتى : « لا يجوز للمحكمة ، في غير المنازعات التجارية ، أن تأمر بالاطلاع على المقتضىين للتقدم ذكرهما (اليومية والمراسلات) ولا على دفتر الجرد إلا في مواد الأموال المشاعة أو مواد التركات وقسمة الشركات وفي حالة الإلزام . وفي هذه الأحوال يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بالاطلاع على تلك الدفاتر . والاطلاع أوسع مدى من التقديم ، وأشد خطراً . إذ هو يتم بتقديم الدفاتر إلى الخصم أو إلى قلم الكتاب لتقديمها إلى الخصم ، فيستطيع هذا أن يطلع على جميع محتوياتها بما قد تشمل عليه من أسرار . ولكنه أضيق نطاقاً : فإنه إذا جاز للمحكمة أن تأمر بالاطلاع من تلقاء نفسها دون طلب من الخصم وهذه هي الحال في التقديم ، فإنها لا تأمر بذلك إلا في المنازعات التجارية وفي بعض المنازعات المدنية . ويقتضى قضاء القانون التجارى إطلاق حرية المحكمة في الأمر بالاطلاع في جميع المنازعات التجارية ، لأن في الاطلاع إنشاء لسر التجار ، وكان الواجب في نظرهم أن يلتزم المشرع المصرى نص المادة ١٤ من المقتضىين التجارى الفرنسي وهى لا تجيز الاطلاع إلا في مواد التركات والذمم المشتركة الناشئة عن الزواج بمقتضى نظام اختلاط الأموال وقسمة الشركات والإلزام<sup>(٢)</sup> . ولكن لامتصاص من احترام النص المصرى ، وإجازة الأمر بالاطلاع : (أولاً) في جميع المنازعات التجارية . (ثانياً) في بعض المنازعات

(١) انظر في هذه المسألة : استئناف مخطوط ٩ مايو سنة ١٩٦٢ م ٢٤ ص ٢٢٦ .

(٢) انظر الأستاذ حسن خليل في القانون التجارى المصرى الأسكنورية ١٩٤٩ ص ٩٠٠ -

المدنية ، وهذه هي : (١) مواد الأموال للشاعة . والنص الفرنسي لهذه المادة هو : *communauté* أى نظام اختلاط الأموال ، وليس الشيوع (*indivision*) ، فإذا تزوج التاجر حل مقتضى نظام اختلاط الأموال (*régime de communauté*) ، ودخل متجره في الذمة المشتركة ، ثم انحلت وابطة الزوجية ووجبت تصفية هذه الذمة ، جاز للمحكمة أن تأمر باطلاع الخصم - الزوجة أو ورثتها أو الزوج أو ورثته - على الدفاتر التجارية ليقرر نصيبه من الذمة المشتركة<sup>(١)</sup> .-(٧) مواد التركات . فإذا توفي التاجر وقام نزاع بين ورثته على تقسيم التركة ، جاز للمحكمة إلزام الورثة الذين يجوزون دفاتر مودتهم التجارية باطلاع بقية الورثة عليها ، حتى يستطيع كل منهم أن يقرر نصيبه من التركة . وهذا الحق مقصور على الورثة والموصى لم يحصة من التركة ، دون الموصى له بعين معينة أو الأجنبي .-(٣) نسبة الشركات . فإذا انحلت الشركة ، جاز للمحكمة أن تأمر باطلاع كل شريك على الدفاتر التجارية للشركة ليتبين مقدار نصيبه . وهذا الحق مقصور على الشركاء ، فلا يشمل دائي الشركة . وقد نصت المادة ٥١٩ من التفتين المدني الجديد ، بالنسبة إلى الشركات المدنية ، على أن والشركاء غير المديرين ممنوعون من الإدارة ، ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها ، وكل اتفاق على غير ذلك باطل . ويسرى هذا النص على الشركاء التضامنين والشركاء الموصين في شركات التوصية البسيطة والشركاء عموماً في شركات الخاصة ، أما الشركاء المساهمون سواء في شركات المساهمة أو شركات التوصية بالسهم فلا يجوز لهم طلب الاطلاع على دفاتر الشركة لكثرة عددهم ولتضاد تعطيل أعمال الشركة أو ذبوع أسرارها ، ومع ذلك يجوز للمحكمة استثناء أن تأمر باطلاع الشريك المساهم على دفاتر الشركة متى كانت له مصلحة جديفة في هذا الاطلاع<sup>(٢)</sup> . ونصت المادة ٦٩١ من التفتين المدني الجديد على أنه ١ . إذا نص العقد على أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه أو بدلاً منه حق في جزء من أرباح رب العمل ، أو في نسبة مئوية من جلة الإيراد أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شاكل ذلك ، وجب على رب العمل أن يقدم إلى العامل بعد كل

(١) ويرى بعض فقهاء القانون التجاري نسيب النص ليشمل جميع الأموال العائلية (الأصنام

على الرقعة في القانون التجاري ١ فترة ١٥٧ ص ١٧٧)

(٢) الأصنام حسن الخلق في القانون التجاري للسري ١ ص ٩٠٢ .

جده بياناً بما يستحقه من ذلك . ٢ - ويجب على رب العمل فوق هذا أن يقدم إلى العامل ، أو إلى شخص موثوق به يعينه ذور الشأن أو يعينه القاضي ، المعلومات الضرورية للتحقق من صحة هذا البيان ، وأن يأذن له في ذلك بالاطلاع على دفاتره . ومن ذلك زى أن حق اطلاع الشركاء على دفاتر الشركة ثابت لهم في أحوال ثلاثة : إذا انحلت الشركة ، أو وصى قائم للشركاء غير المدبرين ، أو عند اشتراط أن يكون للعامل جزء من الأرباح أو الإيراد أو مقدار الإنتاج أو نحو ذلك . ٤ - حالة الإفلاس . فلتستيك الحق في الاطلاع على دفاتر المفلس حتى يتمكن من تأدية مهمته . ولا يجوز للدائن ، بصفة القردة ، أن يطلب هذا الاطلاع ، إلا إذا عين مراقباً - هذا ويمكن الآن إضافة حالة خاصة ، إذ يجوز لمصلحة الضرائب الاطلاع على دفاتر الممولين لتقدير الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية ( قانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ )<sup>(١)</sup> .

وإذا أمرت المحكمة بتقديم الدفاتر أو بالاطلاع عليها ، وامتنع الخصم من تنفيذ أمر المحكمة ، فإن المادة ٢٥٧ من تقنين المرافعات الجلبيد تجيز للمحكمة أن تستخلص من هذا الامتناع معنى الاعتراف بالدين . وكذلك يجوز لمحكمة أن تجبر الخصم على التنفيذ بطريق التهديد المالي ( astreintes )<sup>(٢)</sup> .

## المطلب الثاني

### قوة الدفاتر التجارية في الإثبات

#### ١٤٠ - أهمية المرفأر التجارية : للدفاتر التجارية حجية في الإثبات حدها

(١) الفر في كل هذا : استئناف غنط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١١ - ٢ يولية سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٥ - ٩ يولية سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٧ - ٣٠ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥٢ - أول مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٦٧ . هذا والمحكمة غير ملزمة بإجابة الخصم إذا طلب الأمر بالاطلاع على دفاتر خصمه لم يقتضيها إذا رأت أن هناك من الأدلة ما يفي عن هذه الدفاتر ( الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة لقرة ١٤٥ ص ١٨٠ - قانون الأستاذ سليمان مرسي لقرة ٩٥ . وانظر حكم محكمة النقض للقارة المالية في ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ بموجبة أسككم للنقض ٤ رقم ٢٩ ص ١٨٣ ) .

(٢) الأستاذ حسن خليل في القانون المصنوع المبرر ١ ص ٨٩٧ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة لقرة ١٥٥ ص ١٨٠ .

القانون . وتلخص هذه الحجة في مسألتين : (١) دفتر التاجر حجة عليه (٢) وقد يكون حجة له .

١٤١ - دفتر التاجر حجة عليه : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٩٧

من القانون المدني تنص بأن « تكون دفتر التاجر حجة على هؤلاء التجار ، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ به ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان منقوضاً لغيره » .

فالقاعدة الجهرية في هذه المسألة إذن أن دفتر التاجر حجة عليه . فذلك أن هذا الدفتر هو بمثابة إقرار منه مكتوب . والتاجر إما أن يكون قد كتبه بخطه أو باملأته ، أو في القليل كتب الدفتر بإشرافه ونحت رقابته ، فهو صادر منه على كل حال . ومن ثم يكون هذا الدفتر حجة عليه . سواء كان خصمه تاجراً أو غير تاجر ، وسواء كان النزاع تجارياً أو مدنياً . مثل أن يكون خصمه تاجراً في نزاع تجارى أن يرد في دفتر يومية التاجر أو في دفتر للمراسلات بيان بأن تاجر جملة ورد له مقداراً معيناً من البضاعة بسعر معين ، فهذا البيان حجة على التاجر صاحب الدفتر لمصلحة تاجر الجملة ، وسرى أن دفتر تاجر الجملة في مثل هذا النزاع قد يضافى هو أيضاً على دفتر التاجر الأول . ومثل أن يكون الخصم تاجراً في نزاع مدنى أن يرد في دفتر اليومية مثلاً بيان عن صفقة عقدها التاجر مع تاجر مثله وقبل فيها شراء عقار بثمن معين ، فهذا البيان يكون حجة على التاجر المشتري لمصلحة التاجر البائع ، والنزاع هنا مدنى لأنه يتعلق بشراء عقار في غير عمل تجارى . ومثل أن يكون الخصم غير تاجر أن يرد في دفتر يومية التاجر مثلاً بيان بتوريد سلعة بثمن معين إلى عميل له غير تاجر ، فهذا البيان حجة على التاجر ، وليس حجة على العميل إلا إذا توافرت شروط معينة سيأتى ذكرها فيما يلى .

على أننا إذ نفكر أن دفتر التاجر حجة عليه على النحو الذى قدمناه ينبغي ألا نغفل أن في هذا خروجاً على القواعد العامة في الإثبات من ناحيتين : (١) أن دفتر التاجر ورقة عربية غير موقعة من التاجر ، بل يغلب ألا تكون مكتوبة بخطه ، وقد يقع فيه من الأخطاء ما لا قبل للتاجر بملافاة . (٢) أن هذا

المقرر هو في حوزة التاجر ، ويلزمه القانون كما رأينا أن يقدمه ليستخلص منه دليل ضده ، فهو إذن يجبر على أن يقدم دليلاً على نفسه . من أجل هذا روعي في هذا الدليل أمران :

( الأمر الأول ) أنه جوازي القاضي ، فله أن يأخذ به وله أن يطرحه .  
وللمادة ١٧ من التفتين التجاري ، وسيرد ذكرها ، صريحة في معنى الجواز<sup>(١)</sup> .  
والقاضي يأخذ بهذا الدليل إذا وقع في نفسه أنه ارتفع عن الشبهات ، كأن تكون الدفاتر منتظمة ، وأن يكون المقرر الذي ورد فيه الدليل من الدفاتر الإلزامية التي تمكن مضاهاتها بنظائرها عند التاجر الآخر ، وأن يلمس القاضي العناية والدقة في إمساك المقرر ، بل قد يكون البيان مكتوباً بخط التاجر نفسه . على أنه يجب ألا يفهم من ذلك أن المقرر إذا كان اختيارياً<sup>(٢)</sup> ولم يكن مكتوباً بخط التاجر لا يستخلص القاضي منه دليلاً ضده ، فإن هذا جائز ، وتقدير الأمر مرده إلى القاضي نفسه وميل اقتناعه بقوة الدليل . بل إن الدفاتر قد لا تكون منتظمة ، وبالرغم من أن المادة ١٥ من التفتين التجاري تقضي بأن الدفاتر لا تكون حجة أمام المحاكم ما لم تكن مستوفية للإجراءات<sup>(٣)</sup> ، فإن القاضي قد يقتنع بالبيان الواوود في المقرر لأنه لا يشعر بأي اتصال بل يبعث على الاطمئنان ، فيأخذ بهذا الدليل<sup>(٤)</sup> .

(١) وقد نفت محكمة النقض بأن الاستدلال على التاجر بدفاتره ليس حقاً مقرراً لحكم التاجر واجباً على المحكمة إنانته إياه متى طلبة ، بل إن التفتين فيه — بحسب نص المادة ١٧ من القانون التجاري — أنه أمر جوازي للمحكمة ، إن شئت أضافه إليه ، وإن شئت اطرحه وكل أمر يحمل القانون فيه القاضي غير الأخذ والترك فلا حرج عليه إن مال بجانب دون الآخر من جهتي الخيار ، ولا يمكن الادعاء عليه في هذا بمطالفة لقانون ( نفس مدني ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجوعة عمر ١ رقم ٢٦٤ ص ٧٧٦ ) .

(٢) وقد سبق أن ذكرنا ما هي الدفاتر التجارية الاعتيادية ، ومن أهمها دفتر الأستاذ ودفتر المشتريات والمبيعات ودفتر الخزنة ودفتر الأوراق التجارية .

(٣) انظر أيضاً المادة ١٧ من التفتين التجاري .

(٤) نفس مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجوعة عمر ٥ رقم ٢٩٧ ص ٥٨٨ — وقد رأينا أن المادة ١٧ من قانون الهيئات السورية تنص على هذا الحكم صراحة في الصلحوى القائمة بين التجار ، فنقول : « يجوز للقاضي في المعرى القائمة بين التجار أن يقبل أو أن يرد البينة التي تستخلص من الدفاتر التجارية غير الإلزامية أو من الدفاتر التجارية الإلزامية غير المنتظمة ، وذلك على ما يظهر له من ظروف القضية » . انظر أيضاً المادة ١٧٢ من تفتين أصول المحاكمات المدنية اللبناني وقد تقدم ذكرها .

وكل ما يترتب على عدم انتظام الدفتر قانوناً هو أن القاضى يستطيع أن يجرى الدليل . فإذا كان قد ورد في دفتر غير منظم أن التاجر استورد بضاعة معينة وقد دفع ثمنها ، فهذا البيان دليل ضده على أنه استورد البضاعة ، ولكن يجوز لمن ورد البضاعة أن يستبعد من هذا الدليل ما يتعلق بدفع الثمن ، فيكون بذلك قد أثبت من الدفتر نفسه أن البضاعة وردت ، وعلى التاجر صاحب الدفتر أن يثبت أن الثمن قد دفع . أما لو كان الدفتر منتظماً ، فقد قضت المادة ٣٩٧ من التقنين المدني بأنه لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منه دليلاً لنفسه أن يجرى ما ورد فيه ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه . ففى المثل المتقدم ، فى حالة انتظام الدفتر ، يجب على من ورد البضاعة أن يأخذ البيان الوارد فى الدفتر كاملاً ، فيكون هذا البيان دليلاً على توريد البضاعة وعلى دفع الثمن فى وقت واحد . فان أنكر مورد البضاعة أنه قبض الثمن ، فعليه هو - لا على التاجر صاحب الدفتر المنتظم - أن يثبت ذلك<sup>(١)</sup> .

( والأمر الثانى ) أن القاضى إذا رأى أن يأخذ بالدليل المستخلص من الدفتر ، فان لصاحب الدفتر ، ولو كان دفتره منتظماً ، أن يثبت عكس ما ورد فيه ، وذلك بجميع الطرق حتى بالينة أو بالقرائن . ولا يمترض على هذا الحكم بأنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، فان الوارد بالدفتر ليس دليلاً كاملاً لأنه ورقة عرفية غير موقعة كما قلنا ، وإنما هو قرينة قابلة للإثبات العكس ، هذا إلى أنه إذا كان النزاع تجارياً فان جميع طرق الإثبات جائزة فيه<sup>(٢)</sup> .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢  
نقرة ٣ — ويجوز كذلك لمورد البضاعة أن يطرح البيان الوارد فى الدفتر بشبه ، ويقول إثبات انه ورد البضاعة بدليل من عنده . وحينئذ يكون على التاجر صاحب الدفتر إثبات أنه دفع الثمن .  
هذا ويختلف قانون البينات السوري فى حكمه فى هذه المسألة . فقد رأينا أن المادة ١٥ من هذا القانون تنص بأن دفاتر التجار الإجبارية تكون حجة على صاحبها ، سواء أكانت منتظمة أم لم تكن ، ولكن لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجرى ما ورد فيها ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه ( انظر أيضاً فى هذا المعنى المادة ١٧٠ من تقنين أصول المحاكمات المدنية البلقان ) . وفيهم من ذلك أن حكم عدم جواز تجزئة البيان الوارد فى الدفتر يشمل الخافيين ، حالة انتظام الدفتر وحالة عدم انتظامه . أما فى التقنين المصرى ، فقد رأينا أن عدم جواز تجزئة لا يهكرو إلا فى حالة انتظام الدفتر .

(٢) قربرى ورد ١٢ ص ٢٦٢ .

١٤٢ - قد يكره دفتر التاجر حينئذ : الأصل أن الشخص لا يجوز له أن يصطحب دليلاً لنفسه ، حتى لو كان تاجراً ، وحتى لو كانت دفاتره منتظمة . فكل ما ورد في دفتر التاجر ، كقاعدة عامة ، لا يصلح أن يكون دليلاً له لأنه صادر منه . بل هو لا يكون مبدأ لثبوت بالكتابة لأنه غير صادر من خصمه . وإنما يكون دليلاً ضده هو على النحو الذى قلناه . ومع ذلك فقد أباح القانون أن يكون دفتر التاجر حجة له استثناء في حالتين اثنتين :

(الحالة الأولى) في الدعاوى التجارية ما بين تاجر وتاجر<sup>(١)</sup> . وقد رأينا أن في هذه الدعاوى يكون دفتر التاجر حجة عليه ، لأنها فحسب بل وفي الدعاوى التجارية ما بين تاجر وغير تاجر وفي الدعاوى المدنية إطلاقاً . فإذا وقفنا من هذه الأنواع الثلاثة عند الدعاوى التجارية ما بين تاجر وتاجر ، وقررنا أن دفتر التاجر يكون حجة عليه ، وجب أن نستكمل الحكم فنقرر أن دفتر التاجر - في الدعاوى التجارية ما بين تاجر وتاجر - كما يكون حجة عليه قد يكون حجة له . وتنس للمادة ١٧ من التتبعين التجارى في هذا الصدد على ما بآى : « ويجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات في دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً » . ففى المثل الذى قلناه إذا ورد في دفتر يومية التاجر أو في دفتر المراسلات مثلاً بيان بأن تاجر جملة ورد له مقدراً معيناً من البضاعة بسعر معين ، فهذا البيان كما قلنا حجة على التاجر صاحب الدفتر لو كان هو الذى ينكر وقوع الصفقة أو لا يسلم بكمية البضاعة أو بمقدار الثمن . وقد يكون هذا البيان نفسه حجة له على تاجر الجملة لو أن هذا التاجر الأخير هو الذى ينكر شيئاً من ذلك . والأخذ بهذا الدليل على هذا النحو متروك لتقدير القاضى ، فإن النص لا يوجب الأخذ به بل يقول : « يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية » .

وما يسر على القاضى الأخذ بهذا الدليل حجة للتاجر أن الدعى تجارية

(١) استئناف مخطوط ٢٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٨ - ١٧ يورنية سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢٤٠ - لهذا كان النزاع واقعاً بين تاجرين ولكلته معلق بسل منف ، كشره التاجر الذى أنزل له الخامس ، فلا يجوز اعتبار دفاتر أى من التاجر حجة له ( أوبى دور ١٢ ص ٢٦٠ حاشى رقم ٩ - الأستاذ حسن شفيق في القانون التجارى المصرى ١ ص ٩١١ ) .



ما بين تاجر وتاجر ، فعند تاجر الجملة هو أيضاً دفاتر تجارية ورد فيها البيان الوارد في دفاتر التاجر الأول . فما على القاضي إلا أن يضاهي ما بين الدفاتر . فان تطابقت اطمأن إلى هذا التطابق في الأبيطة بالدليل . وإن لم تطابق ، فان كانت دفاتر أحد التاجرين منتظمة رجع أن يأخذ القاضي بها . ومع ذلك قد يأخذ بالدفاتر غير المنتظمة في هذا البيان بالذات ، ويرجحها على الدفاتر المنتظمة . وإن كانت دفاتر كل من التاجرين منتظمة أو غير منتظمة : كان القاضي حراً في أن يأخذ بدفاتر هذا أو بدفاتر ذاك ، وقد لا يأخذ بهذه ولا بتلك ، ويتلمس الدليل من طريق آخر<sup>(١)</sup> .

ويلاحظ فيما قدمناه أمران : (١) أن القاضي قد يأخذ بدفتر غير منتظم لتاجر حجة له ، مع أن المادة ١٧ من التقنين التجاري تشترط لجواز قبول الدفاتر للإثبات أن تكون منتظمة . وقد قدمنا أن هذا الشرط لم يراع عند ما أخذ القاضي بالدفتر غير المنتظم حجة على التاجر ، فلا راعي هنا أيضاً عند أخذه بالدفتر غير المنتظم حجة للتاجر متى رأى أن البيان يمتح على الاطمئنان ولا يشعر بأى افتعال ، فان كل هذه البيانات ليست إلا قرائن بسيطة لا تعيد القاضي في الأخذ بها . (٢) ولما كانت البيانات قرائن بسيطة ، فانه يجوز دائماً ، عند أخذ بيان في دفتر تاجر حجة له ، أن يثبت خصمه عكس هذا البيان بجميع الطرق ، حتى بالبيئة والقرائن لما قدمناه من الاحتمالات .

( الحالة الثانية ) في دعوى التاجر على غير التاجر بالنسبة إلى البيانات الواردة في دفتر التاجر عما ورد له في دفتر التاجر . وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٩٧ تقول في هذا الصدد ما يأتي : « دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورد له في دفتر التاجر تصلح أساساً لمجرد القاضي أن يوجه الممين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبيئة » .

(١) قارن لوبري ورد ١٢ ص ٢٦١ . هذا وقد أورد قانون البينات السوري نصاً في هذه المسألة يقرر هذا الحكم فيما يتعلق بالدفاتر المنتظمة لكل من التاجرين . فنصت المادة ١٦ من هذا القانون — كما رأينا — على ما يأتي : « إذا تباينت القيد بين دفاتر منتظمة لتاجرين ، جاز للقاضي أن يقرر إما تهازل البيتين المتعارضين « إما الأخذ بإحدهما دون الأخرى على ما يظهر له من ظروف القضية » ( انظر أيضاً في هذا المعنى المادة ١٧١ من تقنين أصول المحاكمات المدنية البنيان ، وقد تقدم ذكرها ) .

فالأصل إذن ألا يكون دفتر التاجر حجة له ، لأجل التاجر ، ولأجل غير التاجر من باب أولى<sup>(١)</sup> . على أنه كما جاز استثناء أن يكون دفتر التاجر حجة له على التاجر فيما قلناه ، يجوز كذلك استثناء أن يكون دفتر التاجر حجة له على غير التاجر ولكن بشروط أشد ، إذ يجب توافر الشروط الآتية : (١) أن يكون محل الالتزام سلعة وردها التاجر لمصلحة غير التاجر ، كأنجاز يورد الخبز ، والبقال ، يورد ، خزين ، للنزل<sup>(٢)</sup> . (٢) أن يكون الالتزام مما يجوز إثباته بالينة بالنسبة إلى العميل غير التاجر ، أى لا يتجاوز قيمته عشرة جنيهات . وهذا الشرط أضافته لجنة المراجعة ، فقد كان المشروع النهي لا يشمل عليه محلياً في ذلك التقنين الفرنسي (م ١٣٢٩) . وقانون البينات السوري (م ١٤) لا يشمل هو أيضاً على هذا الشرط . (٣) أن يكمل الدليل باليمين المتممة بوجهها للقاضي إلى التاجر الذي يحتج بدفتره ، فلا يجوز التكلفة هنا بالينة أو بالقرائن<sup>(٣)</sup> .

فاذا توافرت هذه الشروط ، فانه يبقى بعد ذلك أمران : (١) أن الأخذ بهذا الدليل جوازي للقاضي ، فله أن يأخذ به أو لا يأخذ ، كما هي الحال في سائر الأدلة التي تستخلص من دفاتر التجار . وهو لا يأخذ به غالباً إذا كان الدفتر غير منظم . (٢) أن للقاضي أن يسمح لغير التاجر بنقض الدليل المستخلص ضده من دفتر التاجر ، ويكتفى في هذا النقض بالينة أو القرائن . بل إن للقاضي أن يستنبط من القرائن في نقض هذا الدليل ما يكتفى معه بتوجيه اليمين المتممة

---

(١) وهذا الأصل لا يتعلق بالنظام العام ، فيستطيع غير التاجر أن يقبل صراحة أو ضمناً ( بعدم الإقرار ) الاحتجاج عليه بدفاتر التاجر ( الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ١٧٨ ) .  
(٢) فلا يجوز أن يكون دفتر التاجر حجة له على غير التاجر في سداد قرض أو تنفيذ التزام مير توريد السلع ( بلانبول وديير وجابولد ٧ فترة ١٤٩٠ ص ١٣٦ ) . كذلك لا يحتج بدفاتر التاجر على مصلحة الضرائب ، وللمحكمة ألا تنفذ دفاتر الممول أساساً لتقدير الضريبة عليه إذا لم تطعن إلى صحة البيانات الواردة فيها بناء على أسباب سائفة ذكرتها ( نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٧ ص ١٨١ - ١٦ ديسمبر ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤ ) .

(٣) أوبري دورو ١٢ ص ٢٥٨ هامش رقم ٤ - هذا ولعل الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ( ج ١٧٧ - ص ١٧٨ ) إله أن القاضي ، وهو في نصاب البينة ، يستطيع أن يمتنع دفتر التاجر دليلاً كاملاً باعتباره قرينة كافية لا تحتاج إلى يمين متممة . ونرى - أمام صراحة النص - أن القاضي إذا أخذ بدفتر التاجر لابد أن يوجه إليه اليمين المتممة ، وإلا أخرج المحضر وأعطى بالينة أو بقرائن أخرى .

الى غير التجار لا الى التجار ، فتفيد الدليل لا تأييده <sup>(١)</sup> .

ويلاحظ أن هذا الحكم وحده - دون سائر الأحكام التي تضمنتها - هو الذي استعمله القنين المدني الجديد ، تنالا عن القنين المدني الفرنسي <sup>(٢)</sup> .

## المبحث الثالث

### الغبار والأوراق للزلية

١٤٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٩٨ من القنين المدني على ما يأتي :

ولا تكون الغبار والأوراق للزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالات الآتية :

أ - إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً .

ب - إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمفروض التمهيد : مجموعة الأعمال المصنوعة ص ٢٨٢ فقرة ٢ .

(٢) فقد كانت حجة طائر التجار في ظل القنين السابق على مقتضى الأحكام التي فصلناها ، إلا هذا الحكم : استئناف أجل ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ المهيمنة الرسمية رقم ٢٣ - محكمة استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ المهيمنة الرسمية رقم ٣٧ - ١٠ ص ٢١ - استئناف مخطوط ٢١ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٧٤ - ١٤ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤١٤ - ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٨٣ - ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٨ - ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٥ - ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٨ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٤٢ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٥٩ - ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٨ - ٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤١٤ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٥٤ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٦ - ١٣ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٦٢ - ١٣ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٦ - ١٤ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٤ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٧ .

ومن ثم فتكون العبارة في سرمان هذا الحكم المجهدة بتاريخ ورود البيان في دفتر . فإن كان لفرض قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام القنين السابق ولا يكون البيان حجة لطاهر ، ولا سرت أحكام القنين المجهدة وكان البيان حجة لطاهر بالضرورة إلى سطلانها .

السند لن أثبت حقا لمصلحة<sup>(١)</sup> . ولا مقابل لهذا النص في التفتين المدنى السابق .  
ومقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في قانون الينات السورى  
المادة ١٨ ، وفي التفتين المدنى العراقى المادة ٤٥٩ ، وفي تفتين أصول المحاكمات  
المدنية اللبناني المادة ١٦٩ ، وفي التفتين المدنى للمملكة الليبية المتحدة  
المادة ٣٨٥<sup>(٢)</sup> . ويقابل في التفتين المدنى الفرنسى المادة ١٣٣١<sup>(٣)</sup> .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :  
« ١ - لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لمن صدرت منه . ٢ - ولكنها تكون حجة  
عليه : (١) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً (ب) إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في  
هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت الأوراق حقا لمصلحة » . وفي لجنة المراجعة خلقت  
الفقرة الأولى لأنها مجرد تقرير لقواعد العامة ، وعمل النص على توجيه الذى استقر في التفتين  
الجديد تحت رقم المادة ٤١١ من المشروع القبلى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس  
التشريع تحت رقم المادة ٤٢٩٨ ، ثم مجلس الشيوخ (مسودة الأعمال للجمعية ٣ ص ٢٨٥ - ٢٨٧)  
(٢) التفتينات المدنية العربية الأخرى : قانون الينات السورى م ١٨ : « ١ - لا تكون  
الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لمن صدرت منه . ٢ - ولكنها تكون حجة عليه : (١) إذا  
ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً (ب) إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق  
أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحة » . ( وهذا النص يطابق نص المشروع التمهيدى  
للتفتين المدنى المصرى السابق ذكره ) .

التفتين المدنى العراقى م ٤٥٩ : يطابق نص التفتين المدنى المصرى .

تفتين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية م ١٦٩ : « أن السجلات والأوراق العمالية تصلح حجة  
على مشتبهين وعلى خلفائهم ومسوميين : ١ - عندما تقيده حصول إلقاء ما ٢ - عندما تثبت  
ديناً للغير » .

التفتين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٣٨٥ : يطابق نص التفتين المدنى المصرى .

ويتبين من النصوص المتضمنة أنه لا يوجد خلاف في هذه المسألة بين أحكام التفتين المدنى  
المصرى وأحكام التفتينات المدنية العربية الأخرى .

(٣) التفتين المدنى الفرنسى م ١٣٣١ : « لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لمن  
كتبها . ولكنها تكون حجة عليه : (١) في جميع الأحوال التى تذكر فيها صراحة استيفاء دين .  
(٢) إذا ذكرت صراحة أنه قصد بما دون فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحة » .

وهذا هو النص في أصله الفرنسى : Art. 1331 : Les registres et papiers domes-

tiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits. Ils font foi contre  
lui : 1° dans tous les cas où ils énoncent formellement un paiement  
reçu; 2° lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été faite  
pour suppléer le défaut du titre en faveur de celui au profit duquel ils  
énoncent une dette.

ويتبين من هذه النصوص أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون بوجه عام حجة لصالحها . ولكنها قد تكون حجة عليه . فمئذنا مسائل ثلاث : (١) ما هي الدفاتر والأوراق المنزلية (٢) الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لصالحها (٣) الدفاتر والأوراق المنزلية قد تكون حجة على صاحبها .

#### ١٤٤ - ما هي الدفاتر والأوراق المنزلية : الدفاتر والأوراق المنزلية

تشمل ما ألف الناس تدوينه في مذكرات خاصة عن شؤونهم المالية والمنزلية : ما قبضوه أو دفعوه من مال ، وما أنفقوا على معيشتهم ، وما قاموا به من شروب التحمل ، وما ارتبطوا به من التزامات ، وما لهم من حقوق عند غيرهم وما عليهم من ديون ، وما يتوون القيام به من أعمال ومشروعات .

وليس لهذه الدفاتر والأوراق المنزلية شكل خاص أو أغراض معينة أو أسماء معروفة كما رأينا ذلك في دفاتر التجار . ولا يلزم أحد بتدوين هذه الدفاتر والأوراق أو بحفظها كما يلزم التجار بامساك الدفاتر التجارية على النحو الذي يبتاه .

فتارة تكون الأوراق المنزلية لدفاتر كاملة منظمة كدفاتر الحساب ، وهذه تبحث عادة على الأطلعتان عند تقدير قوتها في الإتيان . وطوراً تكون في صورة وأجندات ، ويوميات . وأخرى تكون في صورة مذكرات بعضها يكتب في دفاتر وبعضها في أوراق متشورة . وهذه الدفاتر والأوراق قد تكون موقعة من صاحبها ، والغالب ألا تكون موقعة . والأصل أن صاحبها يكتبها بخطه ، ولكن قد يعهد في كتابتها إلى أمين سر خاص أو إلى كاتب في خدمته . وقد تكتب بالمداد أو بالرياح أو بالآلة الكاتبة . والبارز في شأنها أنها دفاتر وأوراق خاصة كتبها صاحبها ، دون أن يقيد بشكل معين ، محضاً بها الرجوع إليها عند الاقتضاء<sup>(١)</sup> .

(١) وقد جدد في المذكرة الإنشائية لمشروع التمهيد في شأن النص الذي نحن بصدده ما يلي : « صاغ المشروع هذه المادة على مثال المادة ١٣٣١ من القانون الفرنسي والمادة ١٣٣٠ من القانون الإيطالي والمادة ٢٤٣٩ من القانون الهولندي والمادة ١٢٢٨ من القانون الإسباني والمادة ٤٣٨ من القانون المراكشي والمادة ١٩١٨ من القانون الهولندي والمادة ٢٨٧ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وليس يقتصر نطاقها على الدفاتر ، بل يتناول كذلك الأوراق المنزلية ، أي المبررات الخاصة المتعلقة بغير الحساب ، كدفاتر الحساب والأجندات والمذكرات » . ( مجرعة الأعمال الصغيرة ٢ ص ٢٨٥ ) .

## ١٤٥- الرفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لصالحها : والأصل

أن أحدنا لا يستطيع أن يصطحب دليلاً لنفسه . ومن ثم لا تكون هذه المظنن والأوراق المنزلية حجة لصالحها ، إذ هي صادرة منه . بل هي لا تكون مبدأ ثبوت بالكتابة لمصلحته ، لأنها غير صادرة من خصمه . فإذا قدم الدائن دليلاً على حقه دفراً منزلياً أثبت فيه هذا الحق ، أو قدم للمدين دليلاً على برائة ذمته من الدين ورقة منزلية أثبت فيها أنه وفي به ، فلا يجوز أن يؤخذ هذا دليلاً على وجود الحق ولا على برائة الذمة ، بل لا يجوز اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة كما قدمنا<sup>(١)</sup> . ويتربط على ذلك أن المدين إذا دفع بتقادم الدين ، فلا يجوز لدائنه أن يتسلك بانقطاع التقادم بحجة أنه أثبت في أوراقه المنزلية أن للمدين كان يقوم بدفع أقساط الدين أو بدفع فوائده مما يمد اعترافاً بالمدين قاطعاً للتقادم<sup>(٢)</sup> .

على أنه قد يقع أن يكون ما دون في الأوراق المنزلية قرينة قضائية على صحة ادعاء الدائن ، كما لو كان طبيياً واعتاد أن يفتون في مذكراته الخاصة على نحو منظم ما يقوم به من زيارات للمرضى ، ولو فيها يجاوز نصاب الية لقيام المانع الأدبي . ولا تعدو القرينة هنا أن تكون قرينة قضائية يؤخذ بها أو لا يؤخذ ، وهي على كل حال قابلة للإثبات العكس<sup>(٣)</sup> . ثم إنه يجوز أن يقبل الخصم الاحكام

(١) وقد جاء في المأكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ولا يلزم آحاد الناس ، مرناً أو قانوناً ، بتعيين حساباتهم في دفاتر أو أوراق ، على نقض ما تقدم بشأن التجار . ويبدو أن انقضاء هذا الإلزام لا يمنع بوجه من الرجوع احبار هذه الأوراق وتلك الدفاتر طريقاً من طرق الإثبات . بل ولا يمنع الاستعانة بها بوصفها مبدأ ثبوت بالكتابة لصالح من حرمها . ولذلك نعت الفقره الأولى من المادة ٥٣٣ من المشروع ( وقد رأينا أنها خللت في المشروع النهائي لأنها مجرد ترديد للقواعد العامة ) على أن المظنن والأوراق المنزلية لا تكون حجة لمن صدرت منه » . ( مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٣٨٥ — ص ٣٨٦ ) .

(٢) وقد قلعت محكمة النقض بأن من يفتي برائة الذمة عليه إثبات دليلها . والإنسان لا يستطيع أن يثبت من عمل نفسه دليلاً لنفسه يصح به على الغير . فدفتر القناطر المكتوب لحساب الوقت ومقابل ما يستحقه كل من المستحقين لا يعتبر دليلاً لورثته على المستحقين بقبضهم قيم استحقاقهم ما دام لا توفيق لهم على هذا الدفتر يثبت هذا القبض ( نقض مدعى ٢٠ يولية سنة ١٩٣٥ مجموعة مر ١ رقم ٢٩٠ ص ٨٨٣ ) — انظر أيضاً أوربي ودو ١٢ ص ٢٦٨ — ص ٢٦٩ .

(٣) المرجع المؤلف فقره ٦٤٩ — الأستاذ عبد الحميد فرج القصة فقره ١٥٨ ص ١٨٨ — محكمة مصر المحظية ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١١ جازيت ٥ رقم ١١ ص ٢٩ — كذلك قد يجد القارئ

يرضاه إلى ما دون في مذكرات خصمه وأوراقه المنزلية ، فإذا كانت هذه المذكرات والأوراق قد دوت بقدر كاف من العناية والدقة جاز أن تكون داللة لصاحبها<sup>(١)</sup> .

وليس في كل ما قلناه إلا تطبيق للقواعد العامة لاحاجة فيه إلى نص . ولم يشتمل التقنين القديم ولا التقنين الجديد<sup>(٢)</sup> على نص في ذلك . فالأحكام في هذه المسألة واحدة في ظل التقنين .

### ١٤٦ - الدفاتر والاوراق المنزلية قد تكون حجة على صاحبها :

أما أن تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على صاحبها ، فهذا جائز من ناحيتين : ناحية تطبيق القواعد العامة وناحية وجود نص خاص يقضي بذلك .

ولكن قد تسأل - قبل الدخول في هذه التفاصيل - كيف يتأتى أن يبرز الشخص دفاتر وأوراقاً منزلية تكون حجة عليه ، وهو لا يجبر أن يقدم دليلاً على نفسه ؟ يحدث ذلك ، بحكم القانون ، في الحالات التي يجوز فيها للخصم للزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده . ويتحقق هذا في حالة ما إذا كانت الأوراق المنزلية مشتركة بين الخصمين كما هو الأمر في التركات والشركات ، وفي حالة ما إذا كان الخصم قد استند إليها في أية مرحلة

---

= في البيانات التي تحويها الدفاتر والأوراق المنزلية سيلاً من سبل الاستئناس المتعددة التي لا تقيد القاضي في شيء . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ومع ذلك فليس ثمة ما يحول دون اعتماد القاضي بالدفاتر والأوراق التي تقدمت الإشارة إليها ، باعتبارها قرائن تضاف إلى وثائق أخرى أو عناصر أدلة سبق تقديمها » . وفقاً للقواعد العامة بشأن الإثبات بالقرائن . وقد عرضت الفقرة الثالثة من المادة ١٩١٨ من التقنين الهولندي لهذا الوضع بالتصديق ، فقضت بأن القاضي فيما عدا ذلك من الأحوال أن يحكم بما يقضى به القانون . ولم ير وجه لإيراد نص مماثل ، لأنه لا يبعد أن يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة « ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٣٨٦ ) » .

(١) أبريل ورو ١٢ ص ٣٦٩ - بلانويك وريبير وجابريك ٧ فقرة ١٤٩٢ ص ٩٤١ - استئناف غخط ٢٧ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٤١ . ويجوز كذلك أن تكون حجة لصاحبها في المسائل التجارية وفي كل ما يمكن إثباته بالقرائن التفضائية إذا رأى فيها القاضي قرائن مقنعة ( يبدان ورو ٩ فقرة ١٢٢٧ ص ٣٢٣ - ص ٣٢٤ ) .

(٢) وقد قلنا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على نص حلف في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه . وقد اشتمل التقنين الفرنسي ( م ١٣٣١ لفقرة الأولى ) على نص تقدم ذكره .

من مراحل الدعوى (م ٢٥٣ من تقنين المرافعات) . ويحدث ذلك أيضاً ، بحكم الواقع ، فى محضر حصر التركة ، إذ يدون فى المحضر عادة ما ورد من بيانات فى دفاتر المورث وأوراقه المنزلية مما له من حقوق وما عليه من ديون وعن بعض التفاصيل التى تتعلق بتركته . وفى غير ذلك لا يجوز إلزام الشخص بتقديم دفاتره وأوراقه المنزلية أو الأمر بالاطلاع عليها ، كما جاز فى دفاتر التجار على ما رأينا<sup>(١)</sup> .

فاذا تقدمت الأوراق المنزلية إلى القضاء عن طريق من الطرق المتقدمة ، فإن القواعد العامة تقضى بأن ما ورد فيها من البيانات قد يعتبر مبدأً ثبوت بالكتابة ضد صاحبها إن كانت قد كتبت بخطه . وقد يعتبرها القضاء دليلاً كاملاً إذا كانت تحمل توقيع صاحبها وكانت لا تدع مجالاً للشك فى مصحتها . فالأمر متروك لتقدير القضاء ، إذ قد لا يطمئن القاضي إلى حجية ورقة منزلية لم تعد للإثبات وقد وقعها صاحبها على عجل أو عن خطأ أو قبل أن يتم الأمر الذى ورد البيان فى شأنه<sup>(٢)</sup> . وفى كل هذا لا فرق ما بين التقنين الجديد والقديم<sup>(٣)</sup> .

ولكن التقنين الجديد استحدث - فوق ما تقدم ذكره - نصاً يقضى بأن الدفاتر والأوراق المنزلية تكون حجة على من صدرت منه فى حالتين : (١) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً (٢) وإذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه

(١) أوبرى ورد ١٢ ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣ والمباشر رقم ١٦ - بلانويك وريبر وجابول ٧ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤٣ - وقد نفت محكمة الاستئناف القطعة بأنه لا يمكن إيجاب ديون الأوفات على تقديم دفاتره لكن يثبت المستأجر بقتضائها أنه قد دفع الأجرة (١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٤) ، وكذلك الأمر بالنسبة إلى الدوائر القضائية (٢٥ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣١٠) ، وبالنسبة إلى دفاتر ناظر الوقف فلا يجبر على تقديمها لثبت المستأجر من الوقف أنه وفى بالأجرة (١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٣) . ونفت محكمة مصر الكلية الأصلية فى دائرتها الاستئنافية بأن الأوراق الخصوصية أو المنزلية هى ملك لصاحبها ، فلا يجوز إجبارها على تقديمها والحكم عليه بذلك . وقد عمل فى هذا الأوراق الخصوصية دفاتر كل مصلحة من المصالح حتى العمومية منها إذا كانت متعلقة بمساجداً الخاص من مصرف وإيراد وفى سجل فيها أعمالاً الخصوصية بصفاتها شخصاً أدياً ، وكذلك ما يكون بينها وبين فروعها من المفارقات والمراسل (٢) ديسمبر سنة ١٨٩٩ المبيعة الرسمية ١ ص ١٥٩)

(٢) الموجز لملوك فقرة ٦٥٠ .

(٣) استئناف مخطط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٢ .



في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبت حقا لمصلحه (١).

والجديد في هذا النص أنه ليس من الضروري أن تكون الأوراق في هاتين الحالتين محل توقيع صاحبها ، ولا جاز أن يكون ذلك دليلا كاملا بالتطبيق للقواعد العامة من غير حاجة إلى نص خاص . بل ليس من الضروري أن تكون هذه الأوراق مكتوبة بخط صاحبها ، ويمكن أن تكون مكتوبة بخط أمين سره أو كاتب عدله أو مدير لأعماله ، بل قد تكون مكتوبة بخط اللعين الذي كتب البيان لمصلحه إذا كان قد فعل ذلك تحت بصر اللعين وبموافقه . وبالرغم من أن الأوراق غير موقوفة ولا مكتوبة بخط صاحبها ، فهي تصلح مع ذلك أن تكون دليلا كاملا عنده باستيفاء الدين أو بالديونية . وهذا هو وجه الاستثناء من القواعد العامة ، ومن ثم قامت الحاجة إلى نص خاص ينشئ هذا الحكم .

ولا بد في تطبيق هذا الاستثناء من أن يذكر صاحب الأوراق صراحة أنه استوفى الدين إذا كان دائما ، أو أنه قصد أن يعترف بدين عليه لا يوجد به سند في يد اللعين وأن تقوم الأوراق مقام هذا السند غير الموجود إذا كان مدينا . ولا يمكن أن يفهم ذلك ضمنا من البيان الذي يكتبه ولو كان موقفا منه (٢) . وإذا ذكر صراحة أنه استوفى الدين ، ثم عا ما كتبه أو شطبه بحيث أصبح غير مقروء ، فإن حجية البيان تزول . أما إذا بقي البيان المشطوب مقروءا ، فإنه يستمر حافظا لحجيته . وهذا بخلاف البيان الذي يذكر فيه صاحبه صراحة أنه يعترف بدين عليه وقد قصد أن تقوم الأوراق مقام السند ، فإن هو هذا البيان أو شطبه يزول حجتيه ، سواء أصبح البيان غير مقروء أو بقي مقروءا . والفرق بين الحالتين أن الاعتراف بالدين أمر ذو خطر ، فأى هو أو شطبه يلحقه يمكن لإزالة حجيته حتى لو بقي مقروءا بعد إلحوا أو الشطب (٣) . وإذا كان البيان

(١) انظر المادة ١٢٢١ من القانون المدني الفرنسي ، التي تقدم ذكرها ، ونص القانون المصري ماورد منها — ويلاحظ أن اللعين إذا كتب عاصلة ، ولكن استبقاها عنه ، فلا يكون لها دلالة البرقة المنزلة الخاصة التي يذكر فيها أنه استوفى الدين ، إذ استبقاؤه للمخالفة مع أنها أعطت لتسليمها للدين في سنة حل أن القواعد لم يتم الاستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فترة ١٥٩ ص ١٨٥) .

(٢) والأصول التفسيرية للقانون الفرنسي صريحة في هذا المعنى (بوردو وبارد : فترة ٢٤٤٠) .

(٣) لوبري وود ١٢ ص ٢٢٠ — ٢٧١ — بلابلون وريير وبلجلو ٧ فترة ١٩٩٢ ص ٩٤٢ .

المكروب تصارخ أجزاءه ويتقاضى بعضها بشياً ، كان على القاضي أن يفسره بما يزيل هذا التصارض (١) . ولا يجوز تجزئة البيان والأخذ بجزءه منه دون جزء ، فإذا جاء في البيان أن المالك قد استوفى الدين مقاصة فلا يجوز أن يحسب له الدين بأن الدين قد استوفى نقداً ، بل يجب أن يستبعد البيان بحسبته ويقتصر لإثبات أنه وفي الدين نقداً (٢) .

على أن الحجة التي أضفها القانون على البيان الولود في الأوراق للزنية ليست مطلقة . بل يجوز لصاحب هذه الأوراق أن يثبت أن البيان الولود فيها خبر صحيح ، وأنه إنما كتب خطأ أو قيل أن يتم الأمر الذي ورد البيان في شأنه أو نحو ذلك . ويجوز إثبات ذلك بجميع الطرق ، حتى باليمين أو بالقرائن . ولا يقال هنا إنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، فإن البيان المكروب ليس ورقة حرفية موقفة ولم يمد مقدماً للإثبات ، فيجوز إثبات حكمه بغير الكتابة . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أدنى (٣) .

## المبحث الرابع

التأشير برادة ذمة للدين

١٤٧ - **التعريض القانوني** : تنص المادة ٣٩٩ من المقتضى المدني على ما يأتي . :

١ - **التأشير على سند بما يستفاد منه برادة ذمة المدين حجة على المالك**

(١) أوربي ورد ١٢ ص ٢٧٢ .

(٢) أوربي ورد ١٢ ص ٢٧١ - ص ٢٧٢ - هذا وسنرى في الإقرار أن هذا لو كان إقراراً لصحراً .

(٣) انظر في هذا المسألة أوربي ورد ١٢ ص ٢٧١ - بلانويل وروبير وجابود ٧ ققرة ١٤٩٣ ص ٩٤٢ - ص ٩٤٣ - بلانويل وروبير وبولانجه ٢ ققرة ٢٢٢٥ - الأسطاحه للمهم فرج الصند في الإثبات ققرة ١٥٩ ص ١٨٧ - وانظر عكس ذلك الأسطاحه سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٤٥ حاشي رقم ٣ . وانظر في حجة الأوراق المتعروضة والمطلات للفقهاء الفرنسيين في تفسيرها بوردو وبلود ٤ ققرة ٢٤٤٦ .

هذا ويعد أن بينا الاستثناء الذي انصحه المقتضى الجديد ، حتى أن نذكر أن ليس له من أثره

إلى أن يثبت العكس ، أو لو لم يكن التأخير موقفاً منه ، مادام السند لم يخرج قط من حيازته .

٢٥ - وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه برادة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة ، وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين <sup>(١)</sup> .

وقابل هذا النص في التفتين الملحق السابق للمادة ٢٩٥/٢٣٠ <sup>(٢)</sup> .

موسى . فهو لا يبرى على البيان الذي يدون في ورقة منزلية في تاريخ سابق على يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ : فلو أن داتنا كتب في مذكراته الخاصة ، قبل هذا التاريخ ، أنه استوفى دينه ، لم يكن هذا البيان دليلاً كاملاً نفسه ، بل هو لا يعتبر إلا مبدأ ثبوت بالمكتوبة إذا كتب بخطه . أما إذا كتب الدائن البيان في تاريخ غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، سرت أحكام التفتين الجديد وكان البيان دليلاً كاملاً نفسه على التبع الذي يبتناه فيما تقدم .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٤٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١٥ - إذا كتب الدائن في ذيل سند أو على هامشه أو في ظهره ما يستفاد منه برادة ذمة المدين ، كانت هذه المكتوبة حجة عليه إلى أن يثبت العكس ، ولو لم تكن المكتوبة مضادة ، ما دام السند لم يخرج قط من حيازته . ٢ - وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن هذه المكتوبة على الوجه المبين بالفقرة السابقة ، في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة ، وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى تمديداً يستفاد منه عدم ضرورة صدور المكتوبة من يد المدين نفسه ، وبهذا تكون البقرة مجرد التأشير ، ويعتبر بقاء السند في حيازة الدائن قرينة على أنه هو الذي كتب التأشير أو الذي أسر بكتابه فهو على كلا التقديرين صادر منه . وأثيرت مسألة شطب التأشير سواء كان الدائن قد وقع أو لم يوقعه ، وقد رفض ترك الحكم فتواحه العامة . ثم عدلت الفقرة الثانية تمديداً يحمل النص أوضح . وأصبح النص النهائي قيادة هو النص الذي أسطر في التفتين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٤١٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٣٩٩ ، ثم وافق مجلس الشيوخ ( مجسمة الأعمال التمهيدية ٣ ص ٢٨٧ - ٢٨٨ وص ٢٩٠ - ٢٩١ ) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : وليس في هذه المادة من جديد إذا قورنت بما يقابلها في التفتينات الأجنبية . فلأسكانها نظير في المادة ١٣٣٢ من التفتين الفرنسي والمادة ١٣٣١ من التفتين الإيطالي والمادة ٢٤٣٨ من التفتين البرتغالي والمادة ١٩٢٠ من التفتين الهولندي والمادة ١٢٢٨ من التفتين الكتني . وقد نصت المادة ٢٩٥/٢٣٠ . من التفتين المصري والمادة ٤٣٩ من التفتين المراكشي على هذه الأحكام ذاتها ، مع تحفظ نواحه لإبادة إقامة الدليل العكسي ( مجسمة الأعمال التمهيدية ٣ ص ٢٨٨ ) .

(٢) كانت المادة ٢٩٥/٢٣٠ من التفتين الملحق السابق تجرى على الوجه الآتى : والتأخير على سدة المدين بما يليه برادة للمدين يكون حجة على المدين ولو لم يكن عليه منه ، إلا إذا أثبت المدين خلاف ذلك .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيئات السوري المادة ١٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٦٠ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ١٦٧ ، وفي التقنين المدني للمملكة العربية المتحدة المادة ٣٨٦<sup>(١)</sup> - ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٣٢<sup>(٢)</sup> .

(١) نصوص التقنيات المدنية العربية الأخرى : قانون البيئات السوري م ١٩ :  
١ - «تأشير حل سند بما يستفاد منه براءة فمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير مؤرخاً أو موقعاً منه ، ما دام السند لم يخرج قط من حيازته . ٢ - وكذلك يكون الحكم إذا كتب الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة فمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في الوصل وكانت النسخة أو الوصل في يد المدين . (وهذا النص يطلق مع نص التقنين المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٦٠ : الفقرة الأولى من هذه المادة مطابقة للفقرة الأولى من المادة ٣٩٩ من التقنين المدني المصري . وكذلك الفقرة الثانية في كل من التقنينين مطابقة للأخرى ، فيما عدا أن التقنين العراقي يخلل ذكر لفظ (الخاتمة) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٦٧ : إن ما يكتبه الدائن من البيانات التي تعيد براءة الفمة على سند دين بين في حوزته ، أو على نسخة من هذا السند أو على سند إيصالي في حوزة المدين ، يثبت الإيفاء ، ما لم يتم البرهان على العكس . وليس من الضروري أن تكون تلك البيانات مؤرخة أو موقعة ( وهذا النص يطلق مع نص التقنين الفرنسي ويكاد يطلق مع نص التقنين المصري ) .

(ملاحظة : أما المادة ١٦٨ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني فتقابلها المادة ٣٤٩ من التقنين المدني المصري ، ولها مكان آخر) .

التقنين المدني للمملكة العربية المتحدة م ٣٨٦ : مطابقة لنص التقنين المدني المصري .

(٢) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٣٢ : «إذا كتب الدائن في ذيل سند أو على هامشه أو في ظهره ما يستفاد منه براءة فمة المدين ، كانت هذه الكتابة حجة عليه ، ولو كانت غير موقعة منه ولا مؤرخة ، ما دام السند لم يخرج قط من حيازته . وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن هذه الكتابة في ظهر نسخة أصلية أخرى من السند أو في خاتمة أو على هامشه أو في ذيلها ، ما دامت هذه النسخة في يد المدين» .  
وهذا هو الأصل في نصه الفرنسي :

Art. 1332 : L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre, qui est toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur. Il en est de même de l'écriture mise par le créancier, au dos, en marge ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur.

## ١٤٨ - ملاحظته : ويستخلص من نص التفتين الجديد - وقد احتل

فيه نص التفتين للملف الفرنسي - أن التأشير على سند بما يفسر برامة ذمة المدين ، دون توقيع من الدائن ، يكون قرينة على الوفاء . وهي بعد قرينة قابلة للإبالت العكس . والذي يقف بالدائن عادة عن التوقيع هو أن يكون الوفاء جزئياً . فيبلغ المدين القوائد أو قسطاً من الدين ، ومن ثم يكفى الدائن بالتأشير بذلك إما في سند الدين الذي بيده ، وإما في نسخة أصلية أخرى للسند في يد المدين ، وإما في مخالصة يحتفظ بها المدين ليؤشر فيها الدائن تبعاً بما يقوم به المدين من دفعات متوالية<sup>(١)</sup> . ولا يوقع الدائن هذا التأشير ببرامة ذمة المدين<sup>(٢)</sup> انتظاراً

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « وقد جرت العادة بأن يؤشر الدائن بالوفاء الجزئي أو الكل على سند الدين ويستتبعه في حياته (الفترة الأولى) أو بأن يؤشر بذلك على نسخة أصلية أخرى من هذا السند أو على مخالصة تكون في يد المدين (الفترة الثانية) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٨) .  
(٢) ونطاق البحث هنا مقصور على تأشير الدائن ببرامة ذمة المدين . أما التأشير بأي أمر آخر ، من الدائن أو من المدين ، فنخرج من نطاق هذا البحث . غير أن لفظة الفرنسي يبحث عامة - مطلقاً في ذلك أثر لفقاء القانون الفرنسي القديم مثل بواسو (Boisson) وبوتيه (Pothier) - حالة تأشير المدين بالزيادة في التزامه أو باستحداث دين جديد في ذمته . ثم يبحث حالة تأشير الدائن باستحداث دين في ذمته هو . والمفروض طبعاً أن كل هذه التأشيريات مكتوبة في سند الدين ، وأنها غير موقفة وإلا كانت دليلاً كاملاً لا محل لافرامه بالذكر .

أما حالة تأشير المدين بالزيادة في التزامه أو باستحداث دين جديد في ذمته ، فقد ميز في صدها بواسو ، ومن بعده بوتيه ، بين فرضين : (أولاً) إذا كان الالتزام الجديد ليس إلا ملحقاً بالالتزام الأصل الثابت في السند ، كأن كان إقراراً بقوائد للالتزام الأصل أو تمهيداً ببعض الالتزام الأصل في ميعاد معين أو على أقساط محددة أو قبولاً لشرط فاسخ أو لشرط جزائي أو اعترافاً بإضافة إلى الالتزام الأصل جبت منه نشوء هذا الالتزام أو نحو ذلك ، فبذلك يكون تأشير المدين حجة عليه ، وينسحب التوقيع الذي يحمله الالتزام الأصلي على هذا الالتزام الملحق . (ثانياً) إذا كان الالتزام الجديد مستقلاً كل الاستقلال عن الالتزام الأصلي ولا علاقة له به ، فبذلك يكون تأشير المدين بهذا الالتزام الجديد ليس بحجة عليه لأنه غير موقع منه ، ويحصل أن يكون مشروعاً لم يتم ، ويصح على كل حال أن يكون مبدءاً لثبوت بالكاتبه عادم مكتوباً بخط المدين . وفي من الهان أن التأشير ، في الفرضين المتقدمين ، إذا كان مكتوباً بخط الدائن لا بخط المدين ، لا يكون حجة على المدين إطلاقاً .

ولما حالة تأشير الدائن باستحداث دين في ذمته هو فلا تقاس على حالة تأشير ببرامة ذمة المدين ، لأن الحالة الأخيرة وردت فيها نص خاص استثنائي لا يجوز التماس طبعاً . ومن =

الوفاء ببقية الدين ، فإذا تم الوفاء بالدين كله أعطى للمدين مخالصة نهائية ، أو سلمه سند الدين<sup>(١)</sup> . على أن هذا لا يمنع من أن يكون التأشير ببراءة ذمة المدين من الدين كله .

وقد رأينا أن نص التفتين الجليلد يميز بين حالتين : (١) التأشير على سند في يد الدائن (٢) التأشير على سند أو مخالصة في يد المدين . فنبحث كلا منهما .

---

= ثم لا يكون التأشير في الحالة الأولى إلا مبدأ لثبوت بالكتابة ، ما دام مكتوباً بخط الدائن ، وليس في هذا إلا تطبيق لقواعد العامة .

وفي مصر تطبق القواعد العامة في هذه الحالات وغيرها ما لم يرد فيه نص خاص . ولا يجوز القياس على الحكم المنصوص عليه في المادة ٣٩٩ من التفتين المدني ، لأن هذه المادة نص استثنائي لا يجوز تطبيقه في غير الحالتين التين ورد فيها . ومن ثم لا يكون التأشير غير المرفوع حجة على من صدر منه هذا التأشير ، وبمعنى أن يكون مبدأ لثبوت بالكتابة إذا كان بخطه . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يلى : « ثم إن هذه الحجة لا تتوافر إلا إذا قصد من التأشير إلى إثبات براءة ذمة المدين ، أما ما جاء ذلك مما يؤثر به على سند الدين فلا تكون له حجة في الإثبات إلا في حدود القواعد العامة ( مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٣٩٠ ) .

(انظر في هذه المسألة بودوي وبارد ، فقرة ٢٤٥٧ - فقرة ٢٤٥٨ - بونيه فقرة ٧٥٤ - بولوب ٢٩ فقرة ٦٦٠ - لاروسبيير ٦ م ١٣٢٢ فقرة ٢ - لوران ١٩ فقرة ٣٦٢ - الموجز للمؤلف فقرة ٩٤٥ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات فقرة ٢٧٠ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٠٢ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصفة في الإثبات فقرة ١٦٦ ) .

هذا وإذا أشر الدائن بما يفيد براءة ذمة الدين ، ولكنه أضاف إلى ذلك أن الدين شغل ذمة دين آخر له ، كان التأشير حجة عليه بالنسبة إلى براءة ذمة الدين ، ولا يكون حجة له بالنسبة إلى شغل ذمة الدين بدين آخر ، بل يجب على الدائن بالرغم من هذا التأشير أن يحصل صبه إثبات هذا الدين الجديد . وإلى هذا المعنى تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين تقول : « ويرى أن التأشير تقتصر حجيته على الدائن وحده ، ولا يجوز أن ينهض دليلاً لسداد حل وجه الإطلاق ، إذ من المستع أن يصطنع دليلاً لنفسه » ( مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٣٨٩ - ص ٣٩٠ ) .

(١) وقد جعل التفتين المدني السابق فعلاً من تسليم سند الدين إلى المدين قرينة على الوفاء تقبل إثبات العكس ( انظر المادتين ٢١٩ - ٢٢٠/٢٢٤ - ٢٨٥ من هذا التفتين ) . ولما كان تسليم سند الدين إلى المدين عملاً مادياً لا يشتمل على ورقة مكتوبة ، فقد أفلتت الكلام في هذه القرينة هنا ونحن في صدد بحث الأوراق المكتوبة ، وسنبحث في موضعها عند الكلام في القرائن .

## المطلب الأول

### التأشير على سند في يد المدين

١٤٩ - شرطه : بشرط ، حتى يتوافر الحجة للتأشير على سند في يد الدائن ، شرطان : (١) أن يكون هناك تأشير ببراءة ذمة المدين على سند الدين . (٢) أن يبقى السند دائماً في حيازة الدائن .

### ١٥٠ - الشرط الأول - تأشير ببراءة ذمة المدين على سند

المدين : يجب أن يكون التأشير مكتوباً في سند الدين ذاته . فإذا كتب في ورقة أخرى غير هذا السند ، في صورة للسند أو في ورقة مستقلة عنه ، لم تتم قرينة الوفاء . ذلك أن أصل السند هو الذي يخرج به الدائن ، ويطالب المدين بمقتضاه . فالتأشير ببراءة ذمة المدين في هذا الأصل بالذات يمنع الدائن أن يبرز السند لمطالبة المدين به دون أن يكون التأشير ببراءة ذمة المدين ثابتاً في نفس السند الذي يطالب به . أما إذا كتب التأشير في صورة للسند أو في ورقة مستقلة عنه ، فإنه يسهل على الدائن إخفاء هذه أو تلك ، ثم يطالب المدين بمقتضى السند الأصلي وهو لا يحصل أى تأشير . ولهذا يحرص المدين على أن يكون التأشير في سند الدين ذاته . ومن هنا تقوم قرينة الوفاء .

ويكتب التأشير في أى مكان من السند ، في ذيله أو على هامشه أو في ظهره أو في أى مكان آخر<sup>(١)</sup> .

---

(١) وكان المذروح التيهيد - كما رأينا - ينص على أن التأشير يكون في القليل أو كل المدين أو في الظهر ، فسلطت هذه العبارة في المذروح التيهيد ، وأصبح النص مطلقاً لا يطلب إمكان دون آخر . هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمذروح التيهيد ما يقتضيه : « ويراد أن المذروح لا يطلب توافر أى شرط شكل في مثل هذا التأشير ، فهو لا يشترط بيان تاريخ التحرير أو وضع توقيع المدين . وهو لا يشترط إيراد في مكان معين من السند أو القسيمة الأصلية أو القسيمة ، فقد يرد في ذيل القسيمة أو على هامشها أو في غيرها (مجموعة الأعمال القضائية ٢ ص ٢٨٩) .

ويكون مضمون هذا التأشير هو براءة ذمة اللذين . وأية عبارة تفيد هذا المعنى تكفي ، فلا يشترط لفظ معين . فالتأشير بأن ذمة اللذين قد برئت من الدين ، أو أبرئت ، أو أن الدين قد انقضى ، أو أن اللذين قد قام بوفاء ، أو أنه قد تمخاض ، أو أنه قام بوفاء مبلغ كذا ، أو بوفاء قسط معين ، أو نحو ذلك من العبارات التي تفيد براءة ذمة اللذين براءة كلية أو جزئية ، كل هذا يصلح أن يكون تأشيراً بالمعنى المقصود .

ولا يكون التأشير موقعاً من الدائن كما قلنا ، وإلا لصلح أن يكون دليلاً كاملاً دون حاجة إلى نص . وكونه غير موقع من الدائن هو الذي يكشف عن وجه الاستثناء في هذه المسألة ، إذ يكون القانون قد جمل من ورقة صادرة من شخص معين دليلاً كاملاً على هذا الشخص مع أن الورقة غير موقعة منه .

بل ليس ضرورياً أن يكون التأشير مكتوباً بخط الدائن . وهذا هو أيضاً حكم التفتين الملئ السابق (م ٢٣٠/٢٩٥) (١) . أما التفتين الملئ الفرنسي (م ١٣٣٢) فقرة أولى ، فقد اشترط أن يكون التأشير مكتوباً بخط الدائن (٢) . ولم ير التفتين الملئ المصري الجديد - أسوة بالتفتين الملئ المصري القديم - أن يضع هذا

(١) الموجز المكون من ٦٤٤ فقرة .

(٢) وهذا هو الرأي السائد في الفقه الفرنسي . وهناك من الفقهاء في فرنسا من يكتفي بأحد الشرطين ، كتابة التأشير بخط الدائن أو حيازة الدائن لسنه ، فإذا كان الدائن حائزاً لسنه ولم يكن التأشير بخطه ، أو كان التأشير بخطه ولم يكن حائزاً لسنه ، فإن هذا يكفي لقيام قرينة الوفاء ، وهذا ما كان يوتيحه (الالتزامات فقرة ٧٦١) يقول به (توليه ٨ فقرة ٣٥٣ - ديكرانتون ١٣ فقرة ٢١٢) . ويعنى هذا الفريق من الفقهاء على نص التفتين الملئ الفرنسي عدم الثقة وأنه إنما أراد أن يقتل رأي يوتيحه فأعطاه التوفيق . بل هناك من يرى أحد الشرطين ضرورياً دون الآخر : إما أن حيازة الدائن لسنه دون كتابة التأشير بخط الدائن هو الضروري (دالغكتور ٢ ص ٦١٧ - ص ٦١٨ وهو في هذا يتفق مع التفتين المصري) ، وإما أن الضروري هو كتابة التأشير بخط الدائن دون حيازة الدائن لسنه (ماركاديه م ١٣٣٢ فقرة ١ - فقرة ٣) . والصحيح في الفقه الفرنسي أن كلا من حيازة الدائن لسنه وكتابة التأشير بخط الدائن ضروريان لقيام قرينة الوفاء ، كما هو صريح نص التفتين الفرنسي (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٨ ص ٢٧٤ طابش رقم ١٨ - لاودوسير م ١٣٣٢ فقرة ٣ - ديولوب ٢٩ فقرة ٦٤٥ - فقرة ٦٤٧ - لوروا ١٩ فقرة ٣٥٨ - فقرة ٣٥٩ - جيك ٨ فقرة ٢٥٣ - يوتيحه فقرة ٧٤٩ - فقرة ٧٥٠ - بودي وبلرد ٤ فقرة ٢٤٥٠ - بلانول وديير وجيهول ٧ فقرة ١٤٩٥ ص ٩٤٤ - يمان وهد ٩ فقرة ١٧٤١ ص ٣٢٧ طابش رقم ٦) .



الشرط ، وذلك لعدم انتشار الكتابة انتشاراً كافياً . ومن ثم يصح أن يكون التأشير مكتوباً بخط أجنبي ، بل بخط اللعين نفسه ، ما دام السند في حيازة الدائن كما سيأتي . ولكن إذا لم يكن من الضروري أن يكون التأشير مكتوباً بخط الدائن ، فإنه يجب على الأقل أن يكون مكتوباً بأصله أو بموافقة منه حتى يكون صادراً عنه ويكون هناك عمل لقيام القرينة على الوفاء . ويفرض دائماً أن التأشير قد كتب برضاء الدائن ، حتى يثبت هو أنه كتب بغير رضائه .

وسواء كتب التأشير بخط الدائن أو كتب بخط غيره ، فقد يحدث أن هذا التأشير يحى أو يشطب <sup>(١)</sup> . فهل تزول قوة التأشير في الإثبات بهذا المحو أو الشطب ، أو هي تبقى بالرغم من ذلك ؟ انقسم الفقه الفرنسي في هذه المسألة <sup>(٢)</sup> . وقد

= وقد رأينا أن المشرع التزم في المذهبين المذهب الجديد (م ٥٣٤) كان قد جرى المذهبين المذهب الفرنسي للشرط كتابة الدائن التأشير بخطه وحيازته السند في وقت ما ، ولكن لجنة المراجعة حذفت شرط كتابة الدائن التأشير بخطه في المشرع النهائي واستبدلت شرط حيازة الدائن السند ، مراعية في ذلك أن شرط كتابة الدائن التأشير بخطه إنما تضمن مراعاته إذا كان السند في حيازة الدائن ، أما إذا كان السند في حيازة الدائن فتضمن هذه الحيازة من هذا الشرط ، لا سيما في بلد لا تزال الأمية فيه هي الغالبة . هل أن هناك من الفقهاء في مصر من يرى ، من ناحية السهولة التشريعية ، أنه كان يجدر بالمشرع المصري ، بعد أن استكثر الجمع بين الشرطين ، أن يقتضى بأيهما ، إذ أن التأشير بخط الدائن أهم من حيازة الدائن السند ( الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٥٢ هامش رقم ١ - الأستاذ أحمد فاضل في الإثبات ١ فقرة ٢٠٢ ) - الأستاذ عبد المنعم فراج السدة في الإثبات ص ١٩٠ هامش رقم ١ .

(١) وعب إثبات المحو أو الشطب ، وبخاصة المحو ، يكون على المدين لأنه هو الذى يدعى المحو أو الشطب لئنه من الانتفاع بقرينة الوفاء .

(٢) وينصب برؤيته (فقرة ٧٦١) إلى أن المحو أو الشطب لا يزيل قوة التأشير في الإثبات ، وإلا لكان من السهل على الدائن والسند في حيازته أن يمحوا التأشير أو يشطبه . ونتج برؤيته فريق من الفقهاء (ديوانتون ١٣ فقرة ٢٢١ - لاروجييه ٢٦ ١٣٢٢ فقرة ١٠ - لوران ١٩ فقرة ٣٦١) . وينصب فريق آخر إلى أنه لما كانت العادة أن الدائن يكتب التأشير ببراءة ذمة المدين على السند قبل استيفاء الدين ، فخطب هذا التأشير بعد كتابته يجدر أن يفترض فيه أن الدائن يعد أن كتب التأشير لم يستوف المدين من المدين نعماً فتأشير تيمناً لذلك ، وحل المدين إذا ادعى العكس أن خطبه . ولهذا يختلف التأشير بالوفاء في ورقة منزلة ، فإن البداية ألا يحصل هذا التأشير إلا بعد تمام الوفاء ، فيفترض وقوع الوفاء بالرغم من محو التأشير أو شطبه (لويروى دورو ١٢ ص ٢٧٦ هامش رقم ٢١ - توليه ٨ فقرة ٢٥٦ - برتويه فقرة ٧٥٢ - ديولوب ٢٩ فقرة ٦٥١ - بوردو ويلر ٤ فقرة ٢٤٥٥) .

أثيرت المسألة في لجنة المراجعة فرؤى تركها القواعد العامة . ويندو أن التأشير المحر أو المشطوب يجب أن يبقى حافظاً لقوته في الإثبات ، فتقوم قرينة الوفاء بالبرغم من المحر أو الشطب . والدائن هو الذي يثبت أن القرينة في الحقيقة غير قائمة (١) ، بأن يثبت أن المحر أو الشطب كان بسبب مشروع ، كأن يكون قد كتب التأشير مقدماً متوقفاً الوفاء فلم يتم ، فحاشي التأشير تبعاً لذلك . ولو قلنا بالرأى الآخر ، وبأن التأشير يزول قوته بالمحر أو الشطب ، لتسهيل على الدائن بعد التأشير بمرامة ذمة المدين في سند يبيده وفي حيازته أن يحو هذا التأشير أو يشطبه (٢) .

١٥٦ - الشرط الثاني - بقاء السند دائماً في حيازة الدائنين :  
ويجب حتى تقوم قرينة الوفاء أن يكون سند الدين الذي يحمل التأشير باقياً في يد الدائن ، لم يخرج قط من حيازته . فإذا كان قد خرج من حيازته ولو لحظة واحدة ، منع ذلك من قيام قرينة الوفاء ، إذ يحصل أن التأشير - وقد رأينا أنه لا يشترط فيه أن يكون بخط الدائن - قد كتب بخط أجنبي أو بخط المدين نفسه في هذه اللحظة بالذات التي خرج فيها السند من حيازة الدائن . فإذا ما استرد الدائن حيازة السند ، لم تبق له حيلة في التأشير إلا المحر أو الشطب ، وقد رأينا أنهما لا يزيلان قرينة الوفاء (٣) .

(١) هو هنا لا يخفض القرينة بالدليل العكسي بعد قيامها ، بل هو يثبت أن القرينة لم تظم أصلاً لعدم توافر شرط من شروط قيامها .

(٢) أنظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٠٢ مكررة - الأستاذ أحمد نفقات في الإثبات ١ فقرة ٣٠٧ - وينهض الأستاذ عبد المنعم فرج الصمد إلى أنه ليس من الصواب القطع بهلافة الشطب في هذه الحالة ، لما دام أن المسألة يسيطر عليها اعتباران متعارضان ، لكل منهما ما يبرره ، فيجب أن يترك الأمر لتقدير القاضي (الإثبات فقرة ١٦٤ ص ١٩٢) .

(٣) ولا يعتبر السند قد خرج من حيازة الدائن إذا هو انتقل إلى وكيل له أو إلى مودع عنده أو إلى مدير لأعماله أو إلى دائن مرتب أو إلى شخص عهد إليه في تحصيل دينه أو في تقديمه إلى القضاء . أما إذا انتقل إلى المدين نفسه لسبب أو لآخر ، كأن سلم إليه ليكتب التأشير بنفسه قبل فواته فكتب ولم يتم بالوفاء ، فإن حيازة السند في هذه الحالة تكون قد انقطعت ، ولكن الدائن هو الذي يقع عليه عبء إثبات ذلك كما سئرى (ديبولوب ٢٩ فقرة ١٥٠ - لا دوسير ٦ م ١٣٢٢ ص ٢١٩ - ص ٢٢١ - يودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥١ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصمد في الإثبات فقرة ١٦٤ ص ١٩١) .

وقد كان التفتين المدفئ السابق لا يشترط هذا الشرط، وهو في الوقت ذاته لا يشترط - كما رأينا - أن يكون التأشير بخط الدائن . فقد كانت المادة ٢٣٠ من هذا التفتين ، وقد سبق ذكرها ، تجرى على الوجه الآتي :

« التأشير على سند الدين بما يفيد برائة المدين منه يكون حجة على الدائن ولو لم يكن محض منه ، إلا إذا أثبت الدائن خلاف ذلك <sup>(١)</sup> » . ومن ثم كان الخطر كبيراً في ظل هذا التفتين السابق من قيام قرينة الوفاء على غير أساس من الواقع . فكان لا يبيى أمام الدائن إلا دحض القرينة بالدليل العكسي بعد قيامها . والظاهر أنه كان يكفي في ذلك أن يثبت أن السند قد خرج من حيازته فترة من الزمن ، حتى ينتقل عبء الإثبات إلى المدين ليثبت أن التأشير لم يكتب في اللحظة التي هرج منها سند الدين من حيازة الدائن <sup>(٢)</sup> . ولما كان التفتين الجديد قد استحدث شرط بقاء السند في حيازة الدائن ، فالعبرة بتاريخ خروج السند

---

(١) ونرى من ذلك أن التفتين المدفئ الجديد هو وسط ما بين التفتين المدفئ السابق والتفتين المدفئ الفرنسي . فالتفتين المدفئ السابق كان لا يشترط لا حيازة السند ولا خط الدائن . والتفتين المدفئ الفرنسي يشترط الاثنين معاً . والتفتين المدفئ الجديد يشترط حيازة السند دون خط الدائن .

(٢) وقد جاء في الموجز المؤلف في هذا الصدد ما يأتي : « فوطان الشرطان (أي التأشير بخط الدائن وبقاء السند في حيازته) غير ضروريين في مصر . وقد يتوافر أحدهما دون الآخر ، فيكون التأشير بخط الدائن ولكن السند خرج من حيازته ، فإدام التأشير صادراً من الدائن فهو حجة عليه . وقد يكون التأشير بغير خط الدائن ولكن السند لم يخرج من حيازته ، وهنا أيضاً ما دام التأشير صادراً من الدائن ولو لم يكن بخطه ، فهو حجة عليه لأن السند لم يخرج من حيازته ، ففروض أن التأشير الصادر منه تم بموافقة . وقد لا يتوافر أي شرط من الشرطين المتقدمين ، فيكون التأشير بغير خط الدائن ويكون السند قد خرج من حيازته ، ولكن ما دام التأشير صادراً منه ولو لم يكن بخطه ، فهو حجة عليه حتى في هذا الفرض . وله أن يدحض القرينة بإثبات العكس ، كما يملك هذا في الفروض الأخرى المتقدمة ، وإن كان دحض القرينة في الفرض الأخير أسهل » . ثم جاء في حاشية عن قرينة برائة ذمة المدين في الفرض الأخير ما يأتي : « فقرينة برائة المدين في هذا الفرض قائم على الوجه الآتي : المفروض أن الدائن يحتفظ بسند المدين في حيازته ، فإدام قد تركه يخرج من حيازته وسمع للمدين أن يؤثر عليه بما يفيد برائة المدين ، فالفهم أن هذا كله قد تم بموافقة . وإذا قيل يحصل أن التأشير قد تم بغير علم من شخص أراد أن يفقد السند فيه ، أمكن الرد على ذلك بأنه كان من الأيسر على هذا الشخص أن يمزق السند لو أن عليه . وإذا قيل يحصل أن يكون السند قد خرج من حيازة الدائن دون وعده ، فالرد إن مثل هذا الاحتمال هو الذي جعل القرينة قابلة لإثبات العكس » (الموجز فقرة ٦٤٤ ص ٦٧٥ ومعلق رقم ١) .

من حيازة الدائن لمعركة القانون الذي يسرى . فان كان السند قد خرج من حيازة الدائن قبل يوم ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالتقنين القديم هو الذي يسرى ، ولا يمنع خروج السند من حيازة الدائن أن تقوم قرينة الوفاء وفقاً لهذا التقنين . وإن كان السند قد خرج من حيازة الدائن في تاريخ غير سابق على ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالتقنين الجديد هو الذي يسرى ، وتسقط قرينة الوفاء .

وفي جميع الأحوال التي يسرى فيها التقنين الجديد ، يفترض دائماً أن السند لم يخرج من حيازة الدائن . فإذا ادعى هذا أنه خرج من حيازته في أية لحظة ، فعليه عبء إثبات ذلك . وعلى هذا الوجه يتيسر إثبات واقعة مطلقة كالواقعة التي نحن بصدد حلها<sup>(١)</sup> . وإذا تمكن الدائن من إثبات أن السند خرج من حيازته فانه يكون بذلك قد أثبت عدم قيام قرينة الوفاء ، ولم يقتصر على دحضها بالدليل العكسي بعد قيامها<sup>(٢)</sup> .

**١٥٢ - حجية التأشير على السند إذا توافر الشرطان :** وردت الفقرة الأولى من المادة ٣٩٩ من التقنين المدني نصاً خاصاً يقرر حجية هذا التأشير . ولكن قبل أن نعرض لهذا النص الخاص ، نبادر إلى القول إن التأشير على سند المدين بما يفيد رامة ذمة المدين قد تكون له حجية معينة إذا طبقت القواعد العامة في الإثبات بقطع النظر عن هذا النص الخاص . فهو إذا كان مكتوباً بخط الدائن ، أمكن أن يعتبر مبدأً لثبوت بالكتابة ضده ، ولو لم يتوافر فيه الشرطان اللذان تقدم ذكرهما . مثل ذلك أن يكتب الدائن بخطه التأشير ببرامة ذمة المدين في ورقة مستقلة عن سند الدين أو في صورة لهذا السند ، أو أن يكتب هذا التأشير بخطه في سند الدين ذاته ولكن يخرج هذا السند من حيازته . ففي هذه الأحوال لا يكون التأشير دليلاً كاملاً ضد الدائن ، لأن الشرطين اللذين تتطلبهما القانون في ذلك لم يتوافرا . ولكن هذا التأشير ، مادام أنه مكتوب بخط الدائن ، يصح اعتباره

(١) برودي وبارد : فقرة ٢٤٥١ - ص ٢١٩ فقرة ٢٢٩ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٤٨ ملحق رقم ١ .

(٢) وله رأينا نظيراً لذلك فيما للمعتمد في شأن محرر التأشير أو خطبه .

مبدأ ثبوت بالكتابة يستكمله للمدين بالينة أو بالقرائن ليثبت أنه قدوفى الدين<sup>(١)</sup>. أما إذا توافر الشرطان على النحو الذى تقدم ذكره ، فإن التأشير على سند الدين يكون حجة كاملة على الدائن ، ولا حاجة للمدين باستكمالها ليثبت أنه وفى الدين . ويقع عبء الإثبات هنا على الدائن لا على المدين ، فهو الذى عليه أن يدحض قرينة الوفاء التى قامت باستيفاء التأشير لشرطيه ، فإذا لم يدحضها بالدليل العكسى فقد تم للمدين إثبات أنه قد قام بوفاء الدين .

وحتدنا أن حجة التأشير تقوم على أساس ورقة عرفية غير موقعة ، هى هذا التأشير ذاته . ولا يمنع ذلك من القول بأن هذه الورقة العرفية يستخلص القانون منها قرينة على وفاء الدين ، وهى قرينة قابلة لإثبات العكس . فإذا نحن قلنا إن القرينة هنا قرينة قانونية بسيطة ، وقلنا إنها فى الوقت ذاته تقوم على ورقة عرفية غير موقعة ، فلا تعارض ما بين القولين . فجميع الأوراق العرفية غير الموقعة - دفاتر التجار والأوراق المنزلية وغيرها - هى فى هذا الوضع : أوراق عرفية غير موقعة تستخلص منها قرائن قانونية بسيطة<sup>(٢)</sup> .

فتى وجد التأشير على سند الدين مستوفياً لشرطيه ، استخلصت منه قرينة قانونية بسيطة على وفاء المدين بالدين . وكان التأشير حجة على الدائن ، ولكنها حجة قابلة للدحض . ذلك أن حلة الاعتداد بهذا التأشير هى أن الدائن يقر فى سند الدين ذاته أنه استوفى حقه ، وهذا الإقرار هو بمثابة « إقرار غير قضائى لا يمكن استنباده من السند الذى يتقدم به لاستيداء حقه »<sup>(٣)</sup> . ولكن يجوز مع ذلك أن يكون هذا الإقرار غير مطابق للواقع . وتورد المذكرة الإيضاحية

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « على أن تختلف أسس الشرطين المتضمنين لا يحمل التأشير غلواً من كماله . فالتدين مثلاً أن ينتفع منه بوسفه مبدأ ثبوت بالكتابة متى كان محرراً بخط الدائن . ولم ير وجه النص صراحة على هذا الحكم ، لأنه لا يبدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٩) . »

(٢) وهى هذه النظرة دليل كامل ولو أنها غير موقعة . فهى إذن بمنزلة الأوراق الموقعة من حيث إنها ليست فى حاجة إلى أن تتشكل . وهى أيضاً كالأوراق الموقعة يجوز إثبات عكسها . ولكنها تختلف الأوراق الموقعة فى أنه يجوز إثبات عكسها بجميع الطرق دون أن تشترط الكتابة فى هذا الإثبات ويستمد إلى هذه المسألة بعد قليل .

(٣) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٨ - ص ٢٨٩) .

المشروع التمهيدى مثلا لذلك فيما لو سلم اللذان السند لو كبل قوضه فى استيفاء الدين ، فهو يؤشر على هذا السند بالتخالص قبل أن يسلمه لو كبله ، ويقوم هذا برده إليه بما سبق أن دون فيه من تأثيرات فيما إذا تخلف المدين عن الوفاء عند المطالبة<sup>(١)</sup> . فيرجع سند الدين فى هذه الحالة وهو يحمل تأثير اللذان براءة ذمة المدين ، دون أن يكون اللذان قد استوفى الدين . ومن ذلك نرى أن القرينة هنا قد يقوم من الواقع دليل على عكسها . ومن أجل ذلك عند ما أقام القانون هذه القرينة ، جعل حجبتها قابلة للدخس<sup>(٢)</sup> . فيجوز للذات ، بالرغم من التأثير براءة ذمة المدين ، أن يقيم الدليل على العكس ، أى على أن ذمة المدين لا تزال مشغولة بالدين .

وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، حتى بالينة أو بالقرائن . ولا يفترض

(١) مجموعة الأعمال الصغيرة ٣ ص ٣٨٩ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد نيج المشروع فى إباحة إثبات الدليل العكسى نيج التفتين الراهن (م ٢٣٠/٢٩٥) والتفتين المراكشى (م ٢٣٩) مراعى فى ذلك أن تأثير اللذان لا يعتبر قرينة قاطعة على براءة الذمة ، بل يكون لها اللذان أن يثبت أن ما أقر به قد صدر من خلط منه (مجموعة الأعمال الصغيرة ٣ ص ٣٩٠) . أما التفتين المدنى الفرنسى (م ١٣٣٢) لم يصرح بجواز إثبات العكس كما فعل التفتين المصرى . لذلك يميز الفقه فى فرنسا بين الحالة التى نحن بصددنا — حالة التأثير على سنة الدين وهو فى حيازة اللذان — فجوز إثبات عكس ما جاء فى التأثير بجميع الطرق لأن التأثير ورقة عرفية غير موقعة (أوبرى ردود ١٢ ص ٢٧٧ حاشى رقم ٢٢ — لاروسبيير م ١٣٣٢ فقرة ٩ — ديولوب ٢٩ فقرة ٦٥٧ — هيك ٨ فقرة ٢٦٤ — بوردو وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٩ — بلانول وديير وجابوله ٧ فقرة ١٤٩٥ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٤١ — دى بلج ٣ فقرة ٨٧٥) — وحالة التأثير على نسخة أصلية لسه الدين أو على خالصة وهو فى حيازة المدين ، فينقسم فى قائمها : فريش يقول بجواز إثبات عكس ما جاء فى التأثير بجميع الطرق كما فى الحالة السابقة لأن التأثير لا يزال ورقة عرفية غير موقعة (ديولوب ٢٩ فقرة ٦٥٧ — لاروسبيير م ١٣٣٢ فقرة ٩ — هيك ٨ فقرة ٢٦٤ — بوردو وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٩) ، وفريش أمر يذهب إلى أن التأثير فى هذه الحالة ، يحكم أنه بخط اللذان وهو فى الوقت ذاته فى حيازة المدين ، يكسب طابعاً تامتها ، إذ هو وضع اشتراك فى إقامته كل من اللذان والمدين ، الأول بخطه والثانى بجزائه ، فأصلها طبع صفة السند المزعج كما يقول أوبرى ردود (بالعكس من د'acte proprement dit) ، ومن ثم لا يجوز إثبات ما يخالفه إلا بالكاتبية (أوبرى ردود وپروتان ١٢ فقرة ٧٥٨ ص ٢٧٧ حاشى رقم ٢٣ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٤٢ — بلانول وديير وجابوله ٧ فقرة ١٤٩٥ — دى بلج ٣ فقرة ٨٧٥) .

حقية أنه يجب ما يخالف الكتابة بغير الكتابة ، فان التأشير الذي يجب حكمة  
هنا هو ورقة حرفية غير موقفة يجوز إثبات حكمها بجميع الطرق (١) ، وسبب  
تفصيل ذلك .

## المطلب الثاني

التأشير على سند أو مخالصة في يد اللذين

١٥٣- شرطه: يشترط هنا أيضاً، حتى تتوافر الحجة للتأشير على سند  
أو مخالصة في يد اللذين ، شرطان : (١) أن يكون هناك بخط اللذين تأشير بهما

(١) الموجز لملفوف فترة ١٤٤٤ ص ١٧٥ — ويلعب الأستاذ سليمان مرقس ، في كتاب  
« أصول الإثبات » ص ١٤٨ حاشي رقم ٢ ، « إلى أن النص الخامس بالتأشير على سند اللذين  
لا يقتصر على إلغاء قرينة قانونية على البراءة ، وإنما هو يعطى هذه الكتابة غير الموقفة لينة  
الكتابة الموقفة . وإذا نكرى على التأشير قواعد حجية القروعة الحرفية الموقفة ، فيجوز إثبات  
عكس ماقتضيه ، على أن يكون ذلك بالكتابة أو بما يقوم مقامها أو بالتيقن في الأحوال  
التي يوجد فيها ما يبرهن الإثبات بما استكتبه . انظر أيضاً فترة ٢٠٢ ص ٢٧٥ — ص ٢٨٦  
من الكتاب ذاته .

ولا غير من القول بأن المخرج دفع التأشير بهما فمة اللذين ، وهو تأشير غير موقف ، إلى  
مزلة القروعة الموقفة . ولكن يبقى التأشير مع هذا قابلاً لإثبات العكس بجميع الطرق . ويرجع  
ذلك إلى تحديد ما هو المقصود بمباراة « الدليل الكتابي » الواردة في المادة ٤١٠ من المقتضى  
المصري ، عندما يقرر هذا النص أنه لا يجوز الإثبات بالهبة « فيما يخالف أو يماز ما انقل  
عليه دليل كتابي . وفي رأينا أن المقصود بالدليل الكتابي هنا هو ورقة حرفية موقفة ، لا ورقة  
غير موقفة ولو ارتفعت إلى مزلة القروعة الحرفية الموقفة . وهذا هو ما استقر عليه الفقه والقضاء  
في مصر وفي فرنسا . ولعل في إرجاع الفقه والقضاء في فرنسا على هذا الرأي أن المقتضى للمل  
الفرنسي ( ١٣٤١ م ) قد أورد النقطة التي تقتضي بعدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا  
بالكتابة في نفس النص الذي أوجب للكتابة فيما يزيد على التصاب اللذين . فالكتابة التي  
عناها في الماكتين هي الكتابة الموقفة ، ما في ذلك من شك . فوضع من هذا أن الكتابة التي  
لا يسمح بإثبات ما يخالفها إلا بالكتابة إنما هي الكتابة الموقفة دون غيرها . ولم يرد المخرج  
المصري بتأني أن يحدد عن هذا البيا فهو متسامح في المادة ٤٠١ الإثبات بالهبة « فيما  
يخالف أو يماز ما اشتمل عليه دليل كتابي » قد قصد دون ريب « الدليل الكتابي » القروعة الحرفية  
الموقفة المقررة في إثبات ما تزيد قيمته على عشرة جنيهات . كما يستخلص ذلك منسنا من نص  
المادة ٤٠٠ . ولا يمكن القول ، مجرد تصوير للنظر بحض ، أن المشرع المصري قصد مباراة  
القواعد الجوهرية في الإثبات التي نزلها عن المشرع الفرنسي .

ذمة المدين على نسخة أصلية أخرى لسند الدين أو على مخالصة (٢) أن يقع نسخة السند أو المخالصة في حيازة المدين .

#### ١٥٤ - الشرط الأول - تأشير بخط المائى على نسخة أصلية للسند

أو على مخالصة ببراءة ذمة المدين : يجب أن يكون التأشير هنا مكتوباً إما في نسخة أصلية لسند الدين تكون بيد المدين وإما في مخالصة يحفظ بها المدين . والنسخة الأصلية (double) لسند الدين ليست صورة (copie) للسند ، بل هي أصل (original) كسند الدين ذاته . ويضهم من ذلك أن سند الدين كتب من نسختين أصليتين إحداهما بيد الدائن والأخرى بيد المدين . وفي هذه النسخة الأصلية الأخرى التي بيد المدين يقع تأشير الدائن . وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «ويراعى أن المشروع قد عنى في النص باستظهار ما يقصد بكلمة نسخة ، فليس يقصد بها مجرد صورة أخرى من سند الدين ، وإنما شغقت هذه الكلمة بنعت أصلية وتميئاً للدلالة المقصودة» (١) . وغنى عن البيان أن عبارة والنسخة الأصلية قد نُسبت إلى التقنين المصرى من التقنين المدنى الفرنسى ، إذ يشترط هذا التقنين الأخير أن يكون سند العقد الملزم للجانبين من نسخ أصلية متعددة كما رأينا . ففى عقد البيع توجد نسخة من العقد في يد البائع ونسخة أخرى في يد المشتري . فإذا دفع المشتري قطعاً من الثمن ، أشر البائع في نسخة المشتري ببراءة ذمة المدين من هذا القسط . وهذا ما يقع أيضاً فى مصر بحكم الضرورة لا بمقتضى النص ، بل كان النص موجوداً كما رأينا فى المشروع الأول الذى سبق المشروع التمهيدى . ويصح أن يقع التأشير ، لا على النسخة الأخرى لسند الدين ، بل على مخالصة أعدت لتسجيل ما يقوم المدين بدفعه واحفظ بها المدين إثباتاً لهذا الوفاء (٣) .

ويبين من ذلك أن التأشير إذا وقع على صورة السند أو على ورقة أخرى

(١) مجلة الأعمال التجارية ٣ ص ٣٨٨ .

(٢) ويلاحظ هنا أن التقنين المدنى العراقى (م ١٦٠) يشترط أن يقع التأشير على النسخة الأصلية الأخرى لسند الدين ، فلا يجوز أن يقع على مخالصة أو على أية ورقة أخرى . وفى هذا وحده ، كما قلنا ، يختلف هذا التقنين من التقنين المصرى .



مسئلة من نسخة السند ، ويمكن احبار هذه الوثائق بمثابة متعلقات أعدت  
للتسجيل ما يقوم المدين بدفعه ، كان التأشير صحيحاً وقامت قرينة الوفاء (١) .

ويكتب التأشير في أى مكان من الورقة ، وبأية عبارة تفيد معنى براءة الدفعة ،  
ولا يكون موقعاً عليه من الدائن ، وذلك كله على النحو الذى قدمناه في التأشير  
على سند في حيازة الدائن .

ولكن التأشير هنا يجب أن يكون بخط الدائن ، وهذا على خلاف ما قررناه  
في التأشير على سند في حيازة الدائن من جواز أن يكون هذا التأشير بخط غير  
خطه . وهذا هو أيضاً حكم التفتين المدنى الفرنسى (م ١٣٣٢) ، بل إن هذا التفتين  
يشترط كما رأينا أن يكون التأشير دائماً بخط الدائن ، سواء وقع على سند في حيازة  
المدين أو وقع على سند في حيازة الدائن . أما التفتين المدنى المصرى السابق  
فالأرجح أنه لم يكن يدخل في حاسبه ، عند ما أورد المادة ٢٩٥/٢٣٠ ،  
إلا التأشير على سند في حيازة الدائن ، وقد ترك التأشير بخط الدائن على سند في  
حيازة المدين تسرى عليه القواعد العامة ، وسنعود إلى هذه المسألة بعد قليل .

واشترط أن التأشير على سند في حيازة المدين يكون بخط الدائن أمر واضح ،  
إذ لو سمح القانون أن يكون التأشير بخط غير الدائن ، لسهل على المدين ،  
والسند في حيازته ، أن يستكتب أى شخص عبارة الإبراء ، فظوم قرينة الوفاء  
على غير أساس من الواقع . فقوة القرينة إذن هي في أن التأشير بالإبراء قد كتب  
بيد الدائن واحتفظ به المدين .

وإذا أنكر الدائن خطه ، وجب على المدين أن يلجأ إلى إجراءات تحقيق  
الخطوط لإثبات أن التأشير بخط الدائن (٢) . فإذا ما ثبت ذلك ، جاز الدائن بعد

---

(١) أما إذا أشر البائع براءة الدفعة المشتري على نسخة أصلية لمقد البيع ليست في يده ولا في  
يده المشتري ، بأن تعدد المشترون وكان التأشير على نسخة ثالثة في يده مشتر آخر ، فإن التأشير  
في هذه الحالة لا يكون صحيحاً لفرجه في سند ليس في حيازة الدائن ولا في حيازة المدين . ولكنه  
معام مكتوباً بخط الدائن يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ( كوبرى دودو ١٢ ص ٢٧٥  
علمى رقم ١٩ ) .

(٢) ذلك أن إجراءات تحقيق الخطوط تقبل في جميع الأوراق العرفية ، موقفة كانت أو غير  
موقفة .

هذا أن يسلط طريق الضبط بالتزوير<sup>(١)</sup>.

وإذا هي التأشير أو شطب ، زالت قوته في الإثبات . ذلك أن السند موجود في حيازة المدين ، فلا يمكن حل المحو أو الشطب إلا على أن الوفاء لم يتم ، فحاشا الدائن التأشير أو عطبه ، وقبل منه المدين ذلك بأن يحفظ بالسند في يده والتأشير فيه محو أو مشطوب<sup>(٢)</sup> . وهذا بخلاف ما وأبناه في المحو أو الشطب عندما يكون السند في حيازة الدائن ، فقد تقدم أن الفقه الفرنسي منقسم في هذه المسألة ، ورجحنا الرأي القائل بأن المحو أو الشطب لا يزيل قوة الإثبات التي للتأشير .

#### ١٥٥ - الشرط الثاني - وقروح نسوخ السند أو المخالصة في حيازة المدين :

والأصل أن نسخة السند أو المخالصة التي أشر عليها الدائن بخطه تكون في حيازة المدين . ولكن لا يشترط هنا أن تكون باقية دائماً في حيازته ، بل يكفي أن تكون قد وقعت في حيازته ولو خرجت بعد ذلك من يده . ذلك أن التأشير يجب أن يكون بخط الدائن كما قلنا ، فوقع هذا التأشير بخط الدائن في حيازة المدين ولو لحظة واحدة يكفي لقيام قرينة الوفاء . ومتى قامت القرينة على هذا الوجه ، كان للدائن أن يلحظها كما سنرى .

والذي يقع عادة أن المدين يبرز الورقة التي تحمل تأشير الدائن بخطه ليحتج بها . فيكون بذلك قد أثبت أنها قد وقعت في حيازته . أما إذا لم تكن الورقة في يده ، واستطاع أن يحصل على أمر بتقدمها فقدمت ، فعليه أن يثبت أنها وقعت في حيازته وقتاً ما حتى تقوم قرينة الوفاء .

#### ١٥٦ - هيئة التأشير وما توفر الشرطان : هنا أيضاً نبادر إلى القول

إن هذا التأشير ، ولو لم يتوافر شرطاه ، له حجية معينة إذا طبقت القواعد العامة

- (١) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٤٧ حاشي رقم ١ و ص ١٥٣ .
- (٢) جهرانون ١٣ فقرة ٤٢٠ - بوليه فقرة ٧٥٣ - أوبري ورو ١٢ ص ٢٧١ - ديمرلوب ٢٩ فقرة ٦٥٦ - بروسي وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٥ - دي باج ٣ فقرة ٨٢٩ - بيدان ورو ٩ فقرة ١٢٤٢ - الموريز لولف فقرة ١٤٥ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٠٢ مكررة - الأستاذ أحمد نفاذ في الإثبات ١ فقرة ٣٠٧ مكررة - الأستاذ عبد الحميد فريج فقرة في الإثبات فقرة ١٦٥ ص ١٩٤ .

في الإثبات ، بقطع النظر عن نص المادة ٣٩٩ من القانون المدني . فهو ما دلم مكتوباً بخط الدائن يصبح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، ولو لم جواهر فيه ما قلناه من الشروط الأخرى . مثل ذلك أن يكتب التأشير في نسخة أصلية قائمة ليست في حيازة الدائن ولا في حيازة للمدين ، أو أن يصح للمدين عن إثبات أن الورقة التي كتب فيها التأشير قد وقعت في حيازته ، أو نحو ذلك . ففي هذه الأحوال لا يصلح التأشير دليلاً كاملاً ، ولكن يصح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة يستكمل بالينة أو بالقرائن .

أما إذا توافر الشرطان على النحو الذي تقدم ذكره ، فإن التأشير يكون دليلاً كاملاً ضد الدائن ، ولا حاجة للمدين باستكمالها ليثبت أنه وفي المدين ، وذلك بمقتضى نص خاص هو نص المادة ٣٩٩ . وحجية التأشير تقوم هنا أيضاً على أساس ورقة عرفية غير موقعة هي هذا التأشير ذاته ، على النحو الذي قلناه في التأشير على سند في حيازة الدائن .

ثم إن علة الاعتماد بالتأشير هنا هي أن هذا التأشير قد كتب بخط الدائن نفسه ، وقد ترك الورقة التي تحمل التأشير في يد المدين ، فتركه إياها في يد من له مصلحة في الاحتجاج بها قرينة على أنه استوفى الدين . فالتأشير في هذه الحالة ويكون في الواقع بمثابة مخالصة تبقى في يد المدين<sup>(١)</sup> . ولكن هذه القرينة ، هنا أيضاً ، قد يقوم من الواقع دليل على عكسها<sup>(٢)</sup> . فقد يتصور - كما نقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيلي - وأن يكون الدائن قد سلم المخالصة

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي (مجموعة الأعمال المصغرة ٣ ص ٣٨٩) .

(٢) وقد كان للمشروع الأول الذي سبق للمشروع التمهيلي يميز بين حالة التأشير على سند في حيازة الدائن فيجمل التأشير قابلاً لإثبات العكس ، وحالة التأشير على سند في حيازة للمدين فيجمل التأشير غير قابل لإثبات العكس (م ١٩ من هذا المشروع) . ولعل المفروح قد تأثر في ذلك بأن فريقاً من الفقهاء الفرنسيين لا يسمون ، في إثبات عكس التأشير على سند في حيازة المدين ، بأن يكون الإثبات بجميع الطرق ، بل يشترطون أن يكون الإثبات بالكتابة على النحو الذي بيناه فيما تقدم . ورواى أن هذا أمر يخطف عن قابلية التأشير لإثبات العكس في ذاته ، سواء كان إثبات العكس بجميع الطرق أو كان بطرق معينة . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي (المذكرة الإيضاحية ٢ ص ٦٩٠) . حيازة تترده هذا الترخيص . وفي حيازة مخالصة ، لأن القانون الجديد (وكذلك للمشروع التمهيلي) لم يفرق بين حيازة للقرينة في حالة التأشير على سند في حيازة المدين وحيازتها في حالة التأشير على سند في حيازة الدائن ، فكذلك

لوكيل مفوض في استيفاء الدين ، ولما كان من واجب مثل هذا الوكيل أن يرد إلى الموكل الخالصة التي تسلمها إذا لم يتم له استيفاء الدين ، فالقروض أن الدائن يحفظ هذه الخالصة لأنه لم يستوف حقه من الدين<sup>(١)</sup> . فإذا سلم الوكيل ، بالرغم من ذلك ، الخالصة للمدين ولم يستوف منه الدين ، وحجز عن استرداد الخالصة ، فإنها ، وهي تعمل تأشير الدائن ، تكون في يد المدين دون أن يكون هذا قد برئت ذمته . وفي هذا دليل من الواقع ينقض القرينة .

من أجل ذلك عندما أقام القانون هذه القرينة ، جعل حبسها هنا أيضاً قابلة للنقض . فيجوز الدائن ، بالرغم من تأشير غطه برامة ذمة المدين ، أن يقيم الدليل على العكس ، فيثبت أن ذمة المدين لا تزال مشغولة بالمدين .

وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، حتى بالينة أو بالقرائن . ذلك أن التأشير الذي يثبت حكمه هو ورقة عرفية غير موقعة يجوز إثبات حكمها بجميع الطرق ، وقد تقدم بيان ذلك .

#### ١٥٧- التأشير على سند في حيازة المدين في التنفيذ المر في السابق :

فقدنا أن المادة ٢٣٠/٢٩٥ من التنفيذ المدني السابق كانت تنص على أن « التأشير على سند الدين بما يفيد برامة المدين منه يكون حجة على الدائن ولو لم يكن محض منه ، إلا إذا أثبت الدائن خلاف ذلك » . وكان بعض الفقهاء في مصر<sup>(٢)</sup> يلحظ إلى أن هذا النص يشمل الحالتين اللتين وردتا بعد ذلك في المادة ٣٩٩ من التنفيذ المدني المجلد : حالة التأشير على سند في حيازة الدائن وحالة التأشير على سند في حيازة المدين . ولكن يصعب القول إن المقصود من عبارة « سند الدين » التي وردت في نص التنفيذ السابق هو سند آخر غير السند الذي يحفظ الدائن به عادة في حيازته ، وأن هذه العبارة مقصود بها أيضاً « نسخة أصلية

<sup>(١)</sup> القرينتين قابلة للإثبات العكس . ومن أجل ذلك لم تنقل هذه العبارة إلى ترجمة الأعمال المحسنة ( انظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٥٢ حاشي رقم ٣ والأستاذ عبد المنعم فرج الصفة في الإثبات ص ١٩٤ حاشي رقم ٢ ) .

(١) ترجمة الأعمال المحسنة ٢ ص ٣٨٩ .

(٢) انظر في هذا النص الأستاذ أحمد نفلت في الإثبات الطبعة الرابعة لقررة ٢٦٦ والطبعة الخامسة لقررة ٣٠٦ .

أخرى للسند . فالأرجح أن يكون المقصود هو النص على حالة واحدة من الحالات ، هي حالة التأشير على سند الدين وهو في حيازة الدائن ، وأن الحالة الأخرى قد تركت للقواعد العامة تسرى عليها . ويزيد هذا الترجيح قوة أن نلاحظ أن نص التفتين المدنى السابق لم يشترط أن يكون التأشير بخط الدائن ، مع أن قرينة الوفاء في التأشير على سند في حيازة المدين إنما تستمد من أن هذا التأشير يكون بخط الدائن . وهذا الرأى الذى نرجحه هو الرأى الذى سار عليه الفقه فى مصر<sup>(١)</sup> .

ومن ثم يكون التفتين المدنى الجديد قد استحدث حكماً لم يكن موجوداً فى التفتين القديم ، بأن جعل للتأشير بخط الدائن على سند في حيازة المدين حجية كاملة ، ولم يقتصر على اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة كما تقضى بذلك القواعد العامة فى الإثبات . فإذا أشر الدائن بخطه على سند في حيازة المدين براءة ذمته ، فإن كان التأشير قد كتب فى تاريخ سابق على يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ فإن التفتين القديم هو الذى يسرى ، ولا يكون هذا التأشير إلا مبدأ ثبوت بالكتابة . أما إذا كان التأشير قد كتب فى تاريخ بعد ذلك ، فإن التفتين الجديد يسرى فى هذه الحالة ، ويعتبر التأشير دليلاً كاملاً لا حاجة إلى استكمالته بدائل آخر ، على النحو الذى بيناه فيما تقدم .

---

(١) الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٠١ ص ١٥ حاشى رقم ٢ -  
الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٦٥ ص ١٩٣ .

# الكتاب الثاني

## طرق الإثبات ذات القوة المحدودة

### البيئة والقرائن القضائية

١٥٨ - طرق الإثبات ذات القوة المحدودة - المبحث الأول

(ملاحظة) : قلنا أن طرق الإثبات ذات القوة المحدودة هي البيئة والقرائن القضائية والمبحث الثاني .

ونبادر إلى القول إن المبحث الثاني ، لشدة اتصالها بالمبحث الأول ، مستلج معها في موضع آخر . ونستقي هنا لبث البيئة والقرائن القضائية .

١٥٩ - فصول البيئة والقرائن القضائية من حيث قوة الإثبات :

وقد جعل القانون البيئة والقرائن القضائية طريقين متعادلين من حيث قوتهما القانونية في الإثبات . فما يمكن إثباته بأحد الطريقين يستطاع إثباته بالطريق الآخر . وكلا الطريقين أضعف من الكتابة ذات القوة المطلقة في الإثبات .

وقد رأينا أن البيئة والقرائن القضائية لا تكون طرقاً أصلية في الإثبات إلا في نطاق محدود . وتكون ، غير ذلك ، طرقاً تكميلية عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، وطرقاً بدلية عند وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو يحول دون تقديمه بعد الحصول عليه .

ويتبين من كل ذلك أن البيئة والقرائن ذات قوة محدودة في الإثبات . فنبحث أولاً ما هي البيئة والقرائن . ثم نبين بعد ذلك قوتها المحدودة .

## الفصل الأول

### اليينة والقرائن القضائية

## الفرع الأول

### اليينة

#### (أو الشهادة)

١٦٠ — **مضيايه لعينة** : اليينة لما معنيان : (١) معنى عام ، وهو الدليل إيا كان ، كتابة أو شهادة أو قرائن . فاذا قلنا : اليينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، فانما نقصد هنا اليينة بهذا المعنى العام . (٢) معنى خاص ، وهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة . وقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب ، وكانت الأدلة الأخرى من الندوة إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة ، فانصرف لفظ اليينة إلى الشهادة دون غيرها . ونقصد هذا المعنى الخاص عندما نقول : مالا تزيد قيمته على عشرة جنيهات يجوز إثباته باليينة والقرائن . وإذا قلنا اليينة ، فانما نقصد منهاها الخاص ، ونقصرها على الشهادة . وتكلم هنا : (أولا) في أنواع اليينة . (ثانياً) في سلطة القاضي الواسعة في تقدير اليينة . (ثالثاً) في القواعد التي تتبع في سماع اليينة .

## المبحث الأول

### أنواع اليينة

١٦١ — **الشهادة (témoignage)** : الأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة ، فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه . فالذي يميز الشاهد إذن هو أنه يشهد على وقائع مرعها معرفة شخصية (*ex proprio sensibus*) . وهو يحصل

معرفة الشخصية الواقعة ، إما لأنه رآها بعينه ، كما إذا كان قد شهد حادثاً من حوادث السيارات فجاء إلى مجلس القضاء يشهد بما رأى . وإما لأنه سمعاها بأذنه ، كما إذا كان قد حضر مجلس القعد وسمع البائع يتعاقد مع المشتري ، فجاء إلى مجلس القضاء يشهد بما سمع . وإما لأنه رأى وسمع ، كما إذا سمع المقرض يتعاقد مع المقرض ورآه يعطيه مبلغ القرض<sup>(١)</sup> .

وتكون الشهادة عادة شفوية ، يدل بها الشاهد في مجلس القضاء مستمداً إياها من ذاكرته . وقد نصت المادة ٢١٦ من تقنين المرافعات على أن « تؤدى الشهادة شفاهاً ، ولا تجوز الاستعانة بفكرات مكتوبة إلا باذن المحكمة أو القاضي المتدب ، وحيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى » . ومع ذلك فقد نصت المادة ٢٠٥ من تقنين المرافعات على أن « من لا قدرة له على الكلام يؤدي الشهادة ، إذا أمكن أن يبين مراده ، بالكتابة أو بالإشارة » .

ويدعى الشاهد عادة إلى مجلس القضاء ليقول ما رآه أو سمعه من الوقائع المتعلقة بالدعوى . ومع ذلك قد يكفى ، في ظروف استثنائية ، بتلاوة شهادته المكتوبة أو بضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف القضية للاعتداد بها<sup>(٢)</sup> .

وإذا كانت الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة ، فإنه يوجد مع ذلك إلى جانبها : (١) الشهادة السماعية (témoignage indirect) (٢) والشهادة بالتسامع (commune renommée) (٣) والشهادة بالشهرة العامة (acte de notoriété)

## ١٦٢ - الشهادة السماعية : أى الشهادة غير المباشرة ، وتسمى أيضاً

(١) والفرق بين الشهادة والإقرار أن الشهادة هي اعتبار الإنسان بحق لغيره على غيره ، أما الإقرار فالاعتبار الإنسان بحق لغيره على نفسه . وتختلف الدعوى ضمتها بأنها اعتبار الإنسان بحق لنفسه على غيره ( طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للاستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٨٢ ) .

(٢) ومن ذلك أن يضم تحقيق جنائي إلى ملف قضية مدنية ، ويجه بما ورد مكتوباً في التحقيق الجنائي من شهادة للشهود (بلانويول وريبر وبولانيه ٢ بقرة ٢٢٤٦) . أما نقل الكلام بآلة سجلة (dictaphone) فقد رفض القضاء المصري والقانوني تبول في مقام الشهادة (بيلان وريبر ٩ ص ٢٣١ حاشي رقم ١ - انسيكلو بيدي دالوز : لفظ preuve بقرة ٨٧١ - بقرة ٨٧٢) .



بالشهادة في الدرجة الثانية<sup>(١)</sup> (témoignage du second degré). وتختلف عن الشهادة الأصلية أو للشهادة المباشرة أو الشهادة في الدرجة الأولى - وهي الشهادة التي سبق ذكرها - في أن الشاهد هنا يشهد بما سمع رواية عن غيره ، ومن ثم كانت الشهادة سماعية .

والشاهد ، سواء كانت شهادته أصلية أو سماعية ، يشهد عن واقعة معينة بالذات ولكنه في الشهادة الأصلية يشهد أنه رأى هذه الواقعة بعينه إن كانت مما يرى ، أو سمعها بأذنه إن كانت مما يسمع . أما في الشهادة السماعية ، فهو يشهد أنه سمع الواقعة يروىها له شاهد يكون هو الذي رآها بعينه أو سمعها بأذنه . مثل ذلك أن يشهد شخص أمام القضاء أنه سمع شخصاً آخر يروي له حادث السيارة وقد رآه بعينه ، أو سمع شخصاً آخر يروي له التعاقد على البيع أو على القرض وقد سمعه بأذنه . فالشهادة السماعية هي إذن شهادة على الشهادة<sup>(٢)</sup> .

والشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية<sup>(٣)</sup> . ويقدر القاضي قيمتها كما يقدر الشهادة الأصلية . وقد يراها تعدل الشهادة الأصلية في القيمة . ولكن الغالب أن تكون الشهادة السماعية دون الشهادة الأصلية من حيث اقتناع القاضي بها<sup>(٤)</sup> .

(١) وتسمى في الفقه الإسلامي بالشهادة على الشهادة .

(٢) أو هي شهادة أصلية بشهادة أصلية . ويصح أن تكون شهادة سماعية بشهادة أصلية ، فيقول الشاهد إنه سمع فلاناً يروي عن فلان واقعة معينة بالذات . واقتناع القاضي بطل هذه الشهادة أدنى بكثير من اقتناعه بشهادة أصلية على شهادة أصلية .

(٣) قارن الأستاذ أحمد نفقات في الإثبات ١ فقرة ٣٧٩ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٨٥ ص ٢٣٠ - والشهادة على الشهادة في الفقه الإسلامي لا تجوز إلا بالإثابة والتسليم . جدد في وضع التقدير (جزء ٦ ص ١٨) : « فلما سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجوز أن يشهد على شهادته ، إلا أن يشهد ذلك الشاهد على شهادة نفسه ، لأن الشهادة غير موجهة بنفسها بل بالنقل إلى مجلس القضاء ، فلا بد من الإثابة والتسليم . ولهذا لم سمع يشهد شاهداً على شهادته ، لم يسمع القاضي أن يشهد ، لأنه ما حله وإنما حله غيره . وهذا الإطلاق يقتضي أنه لو سمع يشهد في مجلس القضاء ، حل له أن يشهد على شهادته لأنها حينئذ مطلقة » .

(٤) أنظر في هذا المعنى بلانويول وديوير وجايلول ٧ فقرة ١٥٠٩ ص ٩٥٩ . ويجب حل كل حال القضي بعدم قبول الشهادة السماعية . إن كان لذلك وجه ، أمام محكمة المزعوم فلا يجوز انتمسك بذلك أمام محكمة القضاء لأول مرة . وقد قضت محكمة القضاء بأن القبول بأن شهادة شاهد سماعية فهي غير مقبولة رغم أنه الحكم الإجمالي بها - هذا القول لا يصح انتمسك به -

### ١٦٣ - الشهادة بالتسامع : والشهادة غير الشهادة السماعية.

فهى شهادة بما تتسامعه الناس (oui - dire) ، لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات ، بل على رأى الشائع فى جماهير الناس عن هذه الواقعة . وقد رأينا الشهادة السماعية تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات ، ولكن لا على أن الشاهد رآها بعينه أو سمعها بأذنه ، بل على أنه سمعها تروى له من رآها بعينه أو سمعها بأذنه . فالشهادة السماعية يمكن إذن تحرى مبلغ الصلوق فيها ، وصاحبها يحمل مسئولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره من الرواية عن واقعة معينة بالذات . أما الشهادة بالتسامع فصاحبها لا يروى عن شخص معين ولا عن الواقعة بالذات ، بل يشهد بما تتسامعه الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير فى شأنها ، فهى غير قابلة للتحرى ولا يحمل صاحبها مسئولية شخصية فيها شهد به<sup>(١)</sup> .

ومن ثم كانت الشهادة بالتسامع غير مقبولة إلا فيما نص عليه القانون . وقد نص التتتين المدنى الفرنسى على قبول الشهادة بالتسامع فى حالتين : (١) حالة الزوجة ، بعد انتهاء النظام المشترك للأموال (communauté) بينها وبين زوجها ، وهى تريد تمييز مالها الخاص (patrimoine propre) عن المال المشترك (patrimoine commun) ، وذلك إذا لم يوجد محضر جرد (م ١٤١٥ وم ١٥٠٤ مدنى فرنسى) . (٢) حالة وريثة أى من الزوجين ، بعد موته ، يريدون تحديد المال المشترك (patrimoine commun) فى مواجهة الزوج الآخر الذى ظل باقياً على قيد الحياة ، وذلك أيضاً إذا لم يوجد محضر جرد (م ١٤٤٢ مدنى فرنسى) . ويذهب فريق من الفقهاء الفرنسين إلى قصر قبول الشهادة بالتسامع على هاتين

---

== به أمام محكمة النقض ما لم يسبق التحرى به لدى محكمة الموضوع (نقضى مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٥٢ مجرمة أحكام النقض ٢ رقم ٨٦ ص ٤٧١) .

(١) يبدان ويروى ٩ لفرة ١٢٤٩ - لعل الشهادة بالتسامع ليس فى الحقيقة الواقعة المراد إثباتها ، بل عليها رأى الناس فى هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير فى شأنها . ودللى لنقض له يكون له أثر فى موضوع الحق نفسه ، ومن ثم كان هو ذاته محل للإثبات لا طريقاً فى الإثبات . فهناك إذن ضرب من التحصيل (déplacemnt) فى عل الإثبات ، ينقل الإثبات من محل الأصل إلى محل بدلى عنه (انظر فى هذا المعنى بلانويل وديجر وجابور ٧ لفرة ١٥١٤ ص ٩٦٤ - انظر أيضاً لوبرى ورو ١٢ لفرة ٧٦١ عاشر رقم ١٤ - يبدان ويروى ٩ لفرة ١٢٤٨) .

للمطالعين دون غيرهما<sup>(١)</sup>. ويرى بعض آخر أن يقبس عليها كل حالة أخرى يصاد فيها إثبات متفولات بأحبتها في مواجهة من كان مكلفاً بمصرها في محضر جرد ونصر في ذلك<sup>(٢)</sup>. أما في نصر فالتضام المختلط كان بوجه عام لا يقبل الشهادة بالتسامع في المسائل المدنية<sup>(٣)</sup>. أما في المسائل التجارية ، وكذلك في الأحوال التي يقبل فيها الإثبات بالينة أو بالقرائن ، فتقبل الشهادة بالتسامع على سبيل الاستئناس وباعتبار أنها مجرد قرينة بسيطة لا يؤخذ بها إلا في كثير من الحلو والاحتياط<sup>(٤)</sup>. وفي الفقه الإسلامي لا تقبل الشهادة بالتسامع إلا في مسائل معينة ، عدوا منها حساً هي الشهادة بالنسب والموت والكنكاح والخلع والولاية القاضية ، ثم أضافوا إليها حساً هي أصل الوقت وشراطة والحق والولاية والمهر<sup>(٥)</sup>. ولا ترى ما يمنع من الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي في هذه المسألة تطبيقاً لفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني ، وهي تقضي بأنه

- (١) بارتان على أبريل دور ١٢ فقرة ٧٦٢ ملحق رقم ١٧ - لوردان ٥ فقرة ١١ - بوردو وبارد ٤ فقرة ٢٦٥١ مكررة ص ٤٠٢ - بلايول وريير وجابوله ٧ فقرة ١٥١٤ ص ٩٦٤ - ص ٩٦٥ .  
(٢) أبريل دور ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٢٠٣ - ص ٢٠٤ - توليه ٢ فقرة ١١٩٧ - ماركاويه ٢ فقرة ٢٥٠ - توليه فقرة ٢٤٢ - ديولوب ٧ فقرة ٥٦٩ و ٢٠ فقرة ٢٢٥ - قد ن بيدان وبيرو ٩ فقرة ١٢٤٨ .  
(٣) استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٢١ م ٢٢ ص ٢٨١ - ٨ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٢٥٣ .  
(٤) استئناف مختلط ١٧ يونيو سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٤٩٤ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٤٤ ص ٦٥ - ٢٩ توليه سنة ١٩٢٣ م ٤٩ ص ٥٦ - ٢٥ توليه سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٣ .  
(٥) وقد جاء في البائع ( جز ١ ص ٢٦٦ - ص ٢٦٧ ) في صدد الشهادة بالتسامع مايلي : «الثالث (من شروط تحمل الشهادة) أن يكون التحمل بمثابة المفهوم به بنفسه لا بغيره إلا في أشياء مخصوصة يسمح التحمل فيها بالتسامع من : نفس لقوله عليه الصلاة والسلام للعاقد إذا طعت مثل القس فاشبه وإلا فعد ، ولا يمل مثل القس إلا بالمماثلة بنفسه . فلا تقبل الشهادة بالتسامع إلا في أشياء مخصوصة . وهي النكاح والقبض والموت . فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وإن لم يماثل بنفسه ، لأن معنى هذه الأشياء على الاشتباه فقامت الشهادة فيها مقام المماثلة . وكذا إذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له أن يشهد بموته . واعتطفوا في القسمين وكذا في الموت إذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له أن يشهد بموته . واعتطفوا في القسمين . فتمت بحمد الله هو أن يشتر ذلك ويستطعن وتكرار به الأخبار عليه من غير تواتر لأن الثابت بالتواتر والمحموس بحس البحر والسبح سواه فكانت الشهادة بالتسامع =

« إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية » .

== شهادة من سماعة . قيل هذا إذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ما لم يدخل في حقه التواتر . وذكر أحمد بن حنبل بن مهران الخصال أنه إذا أخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان أن هذا ابن فلان أو امرأة فلان يحل له الشهادة بذلك ، استدلالاً بحكم الحاكم وشهادته ، فإنه يحكم بشهادة شاهدين من غير سماعة من بل غيرها ويجوز له أن يشهد بذلك بعد العزل ، كما هنا . ولو أخبره رجل أو امرأة بموت إنسان حل للسمع أن يشهد بموته . قيل هذا يحتاج إلى الفرق بين الموت وبين النكاح والقتل . ووجه الفرق أن سمى هذه الأشياء وإن كان على الاشتباه إلا أن الشهادة في الموت أسرع منه في النكاح والقتل ، لذلك شرط العدد في النكاح والقتل لا في الموت . لكن ينبغي أن يشهد في كل ذلك على الثبات والقطع دون التفتيش والتقصيد بأن يقول إن لم أعين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا ، حتى لو شهد كذلك لا تقبل . وأما الولاء فالشهادة فيه بالتسامع غير مقبولة عند أبي حنيفة وعبد ربهما الله ، وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول ثم رجع وقال تقبل . . . . . وأما الشهادة بالتسامع في الوقت فلم يذكره في ظاهر الرواية ، إلا أن مشايخنا ألقوه بالموت لأن سمى الوقت على الاشتباه أيضا كالموت فكان ملحقاً به . وكذا يجوز الشهادة بالتسامع في القتل والولاء ، أن هذا قاضي بلد كذا ووالى بلد كذا وإن لم يماين المنشور ، لأن سمى القتل والولاء على الشهادة فقامت الشهادة فيها مقام الحماية » .

وجد في فتح القدير (جزء ٦ ص ٢٠ - ص ٢١) : « ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يماينه في أي موضع به من جهة الحماية بالعين أو السماع إلا في القتل والموت والنكاح والفسخ والولاء لقاضي ، فإنه يسهل أن يشهد بهذه الأمور إذا أخبره بها من يثق به من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين . ويشترط كون الإخبار بلفظ الشهادة ، وفي الموت إذا قلنا يكتفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق ، أو بخواتم الخبر بذلك . . . وجه الاستحسان أن العادة جارية بذلك ، وذلك بسبب أنه لا طريق إلى معرفة هذه الأشياء سوى الخبر ، إذ لم تجر العادة بمحضور الناس للولاء وإنما يرون الولد مع أمه أو مرضعته ويضربونه إلى الزوج فيقولون هو ابن فلان ، وكذا عند الموت لا يحضره غالباً إلا الأقارب فإذا رأوا الجنائز والدفن حكموا بموت فلان ، وكذا النكاح لا يحضره كل أحد وإنما يخبر بعضهم بعضاً أن فلاناً تزوج فلانة ، وكذا الفسخ لا يعلم إلا بالمأثرات . . . وكذا ولاية السلطان لقاضي لا يحضرها إلا الخواص وإنما يحضرون جلوسه وتصديقه للأحكام . . . وينبغي أن يطلق أداء الشهادة ، فيشهد أنه إية أو أمير أو قاضي . أما إذا نذر قاضي أنه شهد عن تسماع بين الناس لم تقبل شهادته » . ويقول الأستاذ أحمد إبراهيم في حقوق القضاة في الشريعة الإسلامية (ص ٢٠٦) : « أقول وتظهر أنه حيث أجازت شهادة أن يشهد بالبيع في الموانع التي يمتنعها وجب أن يقضي بشهادته إذا نذر ، وإلا كان في المقام ما يشبه التفتيش ، ولا سمى لبقاء القضاء في مثل هذا على القياس والأخذ في الشهادة بالاستحسان ، وكل ما في الأمر أنهم يريدون تحميل الشاهد عبء ما شهد به ولا يحفلون بقاضي ذلك ، لكن ما أجازوه فيها كان ينبغي أن يجوزوه فيه متى اقتضى ، ولا سمى لهذا المروء من أمر قرووه وانصرفوا به » .

وإذا قبلت الشهادة بالتسليم ، فهي كالشهادة الأصلية والشهادة السابعة تخضع في سماعها لقواعد التي تخضع لها الشهادة بوجه عام<sup>(١)</sup> .

#### ١٦٤ - الشهادة بالشهرة العامة : أما الشهادة بالشهرة العامة فليست

بشهادة بالمعنى الصحيح . بل هي ورقة مكتوبة ، تحرر أمام جهة رسمية ، تكون فيها وقائع معينة ، تشهد بها شهود يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة . وفي مصر يمكن اعتبار إعلام الوراثة وعرض حصر التركة وتقرير غيبة المفقود من قبيل هذه الأوراق . فهي تحرر أمام جهات رسمية ، المحكمة الشرعية أو مندوب من المحكمة الحسبية أو غير ذلك ، وتكون فيها أسماء الورثة أو أحيان التركة أو واقعة غياب المفقود ، وذلك بناء على شهادة طائفة من الناس يشهدون وفقاً لما عرفوه عن طريق الشهرة العامة .

وفي فرنسا ينص القانون على جواز استعمال مثل هذه الأوراق كأدلة . من ذلك أنه إذا تضمن على أحد الزوجين عند عقد زواجه أن يحصل على شهادة ميلاده ، كان له أن يقدم عوضاً عنها شهادة تحمل اسمه ولقبه وصناعته وعمل

---

= وأرسل ابن جزى في القوانين الفقهية ( ص ٣١٢ ) المسائل التي يجوز فيها قبول الشهادة بالتسليم إلّ شريين ، فقال : « يجوز الشهادة بالسماع القاطن في أبواب مخصوصة ، وهي مفروغ : النكاح ، والرضاع ، والحمل ، والولادة ، والموت ، والنسب ، والطلاق ، والحرة ، والأحياس ، والفسر ، وتولية القاضي ، وعزله ، وترقيته السنية واليهيم ، والحوصة وأن فلاناً وصي ، والمصنفات المتقدمة ، والأشربة المتقدمة ، والقناسة ، والإسلام ، والهدنة ، والجيرة . ولا يجوز الشهادة بالسماع القاطن في إثبات ملك لطالبه ، وإنما يجوز للمو في يده بشرط حوزة له سنين كثيرة الأربعين والخمسين » .

هذا ويعرف الفقه الإسلامي ، إلى جانب الشهادة ، أن سماع ، شهادة القرائ . وهي صيغة جارية بين العلم بغيرهم ... لا يتصور اتفاقهم على الكذب . وليس القرائ عدد معين بل الصحيح ، وإنما القرائ أن يكون القريون جسماً لا يجوز النقل اتفاقهم على الكذب . ولما كان القرائ يفيد على القريين ، فلا تقام بينة على غلظه ، لأن البيئات ظنية يمدحها الشك يتلون القرائ ، سواء أكان المستدل إلى القرائ مدعياً أو مدعى عليه ، وسواء أكان مدعياً أم نائياً ، وسواء أكان في الأحوال أم المندود أم القصاص ، وسواء أكان قبل الحكم أم بعده ، ذلك لأن القرائ حجة في القرائ والإثبات لإدلائه القنطع والقين » ( الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القنطع ص ٢٩ ) .

(١) بلانيرك وديير وبليرك ٧ فقرة ١٠١٤ ص ٩٦٥ وحاشي رقم ٢ .

إتامته وتاريخ ميلاده بقدر الإمكان وغير ذلك من البيانات بناء على الأحوال شهود ثلاثة يعرفون ذلك من طريق الشهرة العامة ويدلون بشهادتهم هنا أمام قاضى الصلح (انظر م ٧١ من التفتين المدنى الفرنسى) . ومن ذلك أيضاً إجراءات إعلان غيبة المفقود، تتضمن تحقيقاً تأمر المحكمة بإجرائه في مواجهة النيابة العامة ، قد تسمح فيه شهود يدلون بما عرفوه من طريق الشهرة العامة عن ظروف اختفاء المفقود ، ثم يصدر بعد ذلك حكم بإعلان غيبته <sup>(١)</sup> . ويكشف العمل في فرنسا عن كثرة الأحوال التى يلتجأ فيها إلى الحصول على وثائق تقوم على أساس الشهادة بالشهرة العامة ، وذلك فوق الأحوال التى نص عليها القانون . مثل ذلك الإحلام بثبوت الوراثة بدون فيه عدد الورثة وصفاتهم إذا لم يوجد محضر جرد . ومثل ذلك أيضاً الشهادة التى تسجل أن الميت قد مات دون وارث له حتى يحفظ في التركة (héritier à réserve) <sup>(٢)</sup> .

فالشهادة بالشهرة العامة تقرض وجود موظف عام ، موثق أو قاض أو نحو ذلك ، تدل أمامه الشهود بمعلوماتهم عن الواقعة المراد إثباتها . ويجب أن يكون للشهود معرفة شخصية بهذه الواقعة ، ولكن لا عن طريق محدد ، بل عن طريق الشهرة العامة <sup>(٣)</sup> . فالمعرفة الشخصية بالواقعة ، لا الشهرة العامة في ذاتها ، هى التى تقوم عليها قوة الإثبات في هذه الشهادة . والشهرة العامة إنما تجعل منها شهادة جماعية (témoignage collectif) عن طريق تحقيق سريع أمام قاضى أو موظف عام بإجراءات لا تختلف إلا من ناحية الشكل عن إجراءات التحقيق المعتاد <sup>(٤)</sup> . والشهادة بالشهرة العامة قوة في الإثبات بمقدورها القانون في كل حالة على حدة .

(١) انظر المراد ١١٥ — ١١٩ من التفتين المدنى الفرنسى — وانظر في مثل تلك المادة ٥٠٧ من هذا التفتين .

(٢) بلانول وريبير وجابورك ٧ فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٣ — ص ٩٦٤ — يندان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٠ .

(٣) بلانول وريبير وجابورك ٧ فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٣ — ص ٩٦٤ — يندان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٠ .

(٤) بلانول وريبير وجابورك ٧ فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٣ — ص ٩٦٤ — يندان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٠ .

## المبحث الثاني

### سلطة القاضي الواسعة في تقدير البيئة

١٦٥ - البيئة أضعف مع الكتابة : قلنا أن الشهادة كانت في الماضي من أقوى الأدلة ، بل كانت هي الدليل الغالب في وقت لم تكن فيه الكتابة منتشرة ، وكانت الأمية مفضية ، وكان العلم بالرواية واللسان لا بالكتابة والقلم ، حتى كانت الشهادة هي التي تستأثر باسم البيئة ، دلالة على أن لها المقام الأول في البيئة<sup>(١)</sup> . فلما انتشرت الكتابة ، وتقلص ظل الأمية ، بدأت الكتابة تسود ، ثم أخذت المكان الأول في الإثبات ، وزلت البيئة إلى المكان الثاني لما تنطوي عليه من عيوب ظاهرة . فالبيئة تقوم على أمانة الشهود ، والشهود حتى إذا هم لم يكلبوا معرضون للنسيان ، ثم إن الدقة تنقصهم . هذا إلى أنه إذا أفسح المجال للإثبات بالبيئة ، وأصبح اعتماد القضاء عليها ، كثرت القضايا الكيدية لسهولة الحصول على شهود زور يشهدون بالباطل . أما الكتابة فكفتها راجحة ، ومتى كانت بعبء عن التزوير ، فهي أدق أداء وأكثر ضبطاً للوقائع . ثم هي لا يرد عليها النسيان ، فهي دليل محدد ، قدراً لهيكل بالواقع المراد إثباتها إحاطة شاملة ، لأنها إنما أخذت لهذا الغرض<sup>(٢)</sup>

(١) ودرج المقل ، في القانون الفرنسي القديم ، أن الشهادة فوق الكتابة (témoins passent la lettre)

(٢) أبرهه ورد ١٢ فقرة ٣٦١ ص ٢٩٨ — على أن هناك اتجاهات في العصر الحاضر من شأنه أن يرد البيئة أحبارها . ففى المصنفات الجرمانية (تقنين المرافعات الألمانية وتقنين المرافعات السويسرية) وفي بعض المصنفات اللاتينية (التقنين المرفع البرتغالي م ٢٥٠٦ — ٢٥٠٨ والتقنين المرفع الأسباني م ١٢٤٤ — ١٢٤٨ يجوز ، في المسائل المدنية على فراد المسائل التجارية ، الإثبات بالبيئة حيث يجوز الإثبات بالكتابة . ويذهب بعض كبار الفقهاء من أمثال تالير (الإفلاس في القانون المقارن ١ ص ١٦٠) إلى تحييد هذا الاتجاه (انظر مكس ذلك كرولان وكاميليان وسوراندوير ٢ فقرة ٧٦٦ ص ٥١٢ طاش وم ٢ — ييدان ويرد ٩ فقرة ١٢٥٢) . واقتضاه الفرنسي ذاته ، في خلال القرن الأخير ، بإسار هذه الفكرة ، فبحر في قبول البيئة عن طريق التوسع في تفسير معنى مبدأ الثبوت بالكتابة ، ومنه تطور الحصول على الكتابة (ييدان ويرد ٩ فقرة ١١٤٠ ص ٢١٨ وطاش وم ٤) .

من أجل ذلك أزل القانون البيعة دون منزلة الكلية ، لا فحسب من ناحية أن جعل البيعة ذات قوة محدودة في الإثبات ، بل أيضاً بأن جعل للقاضي بالنسبة إلى البيعة سلطة تقدير واسعة ، هي أكبر بكثير من سلطته بالنسبة إلى الكتابة<sup>(١)</sup> . فالقاضي ينظر ، أولاً ، هل الإثبات بالبيعة في الأحوال التي يجيزها القانون مستساغ ؟ فإذا كان مستساغاً فنظر ، ثانياً ، هل الوقائع المراد إثباتها بالبيعة مطلقة بالحق المدعى به ومشتجة في إثباته ؟ وهو في ذلك يتمتع بسلطة تقدير أوسع مما له في الإثبات بالكتابة . فإذا ما قدر بعد كل ذلك أن يسمع البيعة ، كان له ، أخيراً ، سلطان واسع في تقديرها إذا كانت البيعة التي سمعها مقنعة في الإثبات .

١٦٦ - تحرير ما ذكره المصنفات بالبيعة مستساغاً : قد يكون الإثبات بالبيعة جائزاً قانوناً ، ولكن يبقى بعد ذلك للقاضي سلطة تقديرية في السماح به . فقد يكون في القضية من القرائن والأدلة الأخرى ما يفي عن البيعة . وعلى التقدير من ذلك قد تكون الوقائع المراد إثباتها بعيدة الاحتمال بحيث لا يرى القاضي سيلاً إلى الاقتناع بالبيعة في إثباتها<sup>(٢)</sup> . وقد تكون هذه الوقائع

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع المنهية في هذا المعنى ما يأتي : « وتختص حجة البيعة اختلافاً جوهرياً من حجة الكتابة . فبينما يعتبر الدليل الكتابي ، تقريباً على تهيئته ، حجة بذاته ، فيفرض سلطاناً على القضاء ما لم يضمن فيه بالتزوير أو ينقض بالثبات العكس ، ترك البيعة على نفيس ذلك لتقدير القاضي ، ويكون له كامل السلطة في تقدير قيمتها ، أيما كان عدد الشهود وأياً كانت صفاتهم ، دون أن يخضع في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض ، يده أن سلطة القاضي في التقدير لا تتناول إلا تعلق البيعة بالوقائع دون جواز قبول الإثبات بقطوعها ، لأن تعيين حدود هذا الجواز من شأن القانون وحده » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٢٩٠ - ص ٢٩٦) .

وفي صدد خفض شأن البيعة يقول نصي زغلول : « ألبعض طرق الإثبات عند الفارغ شهادة الشهود » (شرح القانون المدني ص ٤١٨) .

(٢) وفي الفقه الإسلامي من شروط الشهادة عدم تكلمب المس لها ، لأن المس يفيد طعناً قطعياً والشهادة فيه غيراً قطعياً ، واللفظ لا يمارس التقاضي . فلا تقبل البيعة التي أقيمت على خلاف المحسوس . كالبينة التي تقوم على موت شخص وحياته مشاهدة ، أو على غراب فاروق فائمة يشهد البهتان بهارتها (الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الفريعة الإسلامية ص ٢١٧) . ونصت المادة ١٦٩٧ على أنه « لا تقبل البيعة التي أقيمت على خلاف المحسوس ، ولا تقبل أقيمت البيعة على موت رجل وحياته مشاهدة ، أو على غراب فاروق وعارضا مشاهدة ، فلا تقبل »



قد طال عليها العهد بحيث يتعذر إثباتها بالبينة في جميع هذه الأحوال يرى القاضى أن البينة غير مستاعة ، فلا يسمح بها بالرغم من أن القانون يجيزها في الإثبات (١).

ومن ثم نرى أنه لا يمكن أن يجيز القانون الإثبات بالبينة في بعض الأحوال ، بل يجب أيضاً أن يكون الإثبات بالبينة مستاعاً حسب تقدير القاضى . ولا يخضع

« ولا تعتبر » . ويقول الأستاذ سليم باز في شرح هذا النص (ص ١٠٢١) : وكذا إذا أثبتت البينة بأن هذا المرمى يخص من القدم لمنافع القرية الفلانية وكانت هذه القرية حديثة العهد ، وبذلك قرار محكمة التمييز مؤرخ في ٢٨ أيلول سنة ١٣٠٩ ج ٠ م عدد ٨٢٨ ) .

(١) أدبرى وردو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٣٠٢ - ص ٣٠٣ - وقد قضت محكمة النقض بأن فكرة الموضوع أن ترفض إجراء تحقيق يطلبه الخصوم متى رأت بما لحسا من سلطة التقدير أنه لا حاجة بها إليه أو أنه غير مجد بالنظر إلى ظروف الدعوى وما هو ثابت فيها من الأدلة والوقائع ، وإنما هي ملزمة إذا رفضت مثل هذا الطلب أن تميز في حكمها لماذا رفضته وأن تكون الأسباب التي بنت عليها اقتناعها من شأنها أن تؤدي إلى مناقضته به (نقض مدني ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠١ من ٢٦٥) . أنظر أيضاً : نقض مدني ٣٠ أيلول سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٣٢٤ (تمسك خصم بقده ، ثم حلف وتمسك بالتحقيق لإثبات التظلم وتقلب في دفاعه ، فرفضت المحكمة التحقيق) - ٢٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠١ ص ٧٤٢ (قضت المحكمة بالفرائض مكتفية بها ، من غير حاجة إلى البينة) . أنظر كذلك : نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٧ ص ٢٩ - ١٠ نوفمبر ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٠ ص ١٤٠ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٤ ص ١٤٢ - ٦ يولي سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٢ ص ٨٦٣ - ١٦ أيلول سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٠ ص ١٠٩٦ - ٢٢ يولي سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٩٤ ص ٦٠٧ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٥ ص ٢٧٢ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٨ ص ٣٨٢ - ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص ١٨٩ - ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٦ ص ٣٨٥ .

وقضت محكمة الاستئناف المختصة بأنه لا يسوغ أن يثبت بالبينة أنه منذ عهد محمد وفي أيام مدينة تلمر إزال الشفعة بسبب رداة الجور (أول مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٩) ، أو المبررات التي انصلت في حوث جرى منذ عهد محمد (٢٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٦) ، أو وقائع حدثت منذ ثلث سنوات (١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢١) ، أو حادث وقع منذ ثمان سنوات (١٠ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٢) . ويجوز للقاضي أن يرفض الإضافة إلى التحقيق إذا وجد في القضية عناصر كافية للإثبات تجعل البينة زهلاً لا حاجة منه (استئناف غطط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٨) أو يرفض صلاح شهود آخرين حتى تكون طبيعتهم بعد سماع من معهم (استئناف غطط ٢٩ يولي سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٧) . (م ٢١ القوسيط - ٢٤)

القاضي في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض (١) :

١٦٧- تقرير ما نرى أن الوقائع متعلقة بالحق ومنهج في الوثائق  
هنا أيضاً يتمتع القاضي بسلطة تقدير واسعة لا يتسع بها في الإثبات بالكتابة .  
ذلك أن الكتابة المعدة للإثبات تشتمل عادة على الوقائع المتعلقة بالحق المدعى  
به والتي تكون منتجة في الإثبات ، لأنها إنما أعدت للوفاء بهذه الأغراض .  
فلا يكون هناك للقاضي مجال واسع في تقدير ذلك . أما في الإثبات بالبيئة فيتسع  
المجال للقاضي في تقدير ما إذا كانت الوقائع التي استندت إليها الشهود من أجلها  
متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات . فإن الغالب أن تكون الشهود لم تعد لشهادة  
من قبل ، فإذا توخوا الأمانة في شهادتهم فهم لا يشهدون إلا على الوقائع التي  
يطلق أن يكونوا قد رأوها أو سمعوا ، وهذه الوقائع قد تكون متعلقة بالحق  
المدعى به ، وقد لا تكون متعلقة به . وإذا كانت متعلقة ، فقد تكون منتجة  
في الإثبات أو لا تكون . كل هذا متروك لتقدير القاضي ، وهو في هذا التقدير  
يتمتع بسلطة واسعة لا يضيغ فيها لرقابة محكمة النقض (٢) ، كما قلنا عند الكلام  
في الشروط الواجب توافرها في الواقعة التي تكون حلاً للإثبات .

١٦٨- تقرير ما نرى أن البيئة غالبية : ثم إن القاضي ، إذا رأى  
الإثبات بالبيئة مستحاضاً ، وقدر أن الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالحق المدعى به  
ومنتجة في الإثبات ، وسع الشهود في هذه الوقائع ، فإن له بعد ذلك كله سلطة  
واسعة في تقدير ما إذا كانت شهادة هؤلاء الشهود كافية في إثبات هذه الوقائع .  
وهو في ذلك لا يقيد بعدد الشهود ، ولا بجنسهم ، ولا بسهم . فقد يقتضيه  
شاهد واحد ، ولا يقتضيه شاهدان أو أكثر . وقد يصدق للمرأة ، ولا يصدق للرجل .

(١) ولكن يجب أن تكون هناك أسباب كافية لتبرير هذا التقدير ، ويكون السبب قاصراً  
إلّا لم يراجع نطاق الحكم ولم يعلقه مع حاجته إلى التحقيق ( نفس ملف ٢٨ بتاريخ ١٩٢٧  
مبسطة ص ٢ رقم ٢٢ ص ٨٢ ) . ولا يجوز أن يكون مجرد الخوف من لسان فئة الشهود  
سبباً في حرمان مدعى الحق من إثبات دعواه بالبيئة ( استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨  
المجلد ٢٠ رقم ١٩٩ ص ١٥٥ ) .

(٢) تقريره عدد ١٢ قس ٢٦١ ص ٢٠١ - ص ٢٠٢ .

وقد تكون شهادة صبي صغيراً أبلغ في إلقائه من شهادة رجل كبير<sup>(١)</sup>.

وقد كان الشهادة في القديم نصاب عدد : رجلان ، أو رجل وامرأتان أو شهود أربعة ، أو نحو ذلك<sup>(٢)</sup>. فزال هذا النصاب ، لا في المسائل الجنائية فحسب ، بل أيضاً في المسائل المدنية والتجارية . وكذلك زالت ضرورة تركبة الشهود ، فلم يعد الشاهد زكيه شاهد آخر ، بل الذي يزكيه هو مبلغ ما يجهه في نفس القاضي من الاطمئنان إلى دقته ، والثقة في أمانته<sup>(٣)</sup>.

(١) ولم يكن الأمر على هذا النحو في القانون الفرنسي القديم . فقد كانت شهادة الواحد لا تكفي ، ويقول لوازيل Lobat في هذا المعنى : *Tout un, tout solus - Voix d'un, voix de son* (Institutes coutumières, liv. V; tit. V; édit. 10) .

(المطبعة ليرى دور ١٧ قفلة ٧٦١ طبع في ٨) .

(٢) ونرى ذلك واضحاً في اللغة الإسلامية . قال ابن جزي في القوانين العلمية في مراتب الشهادات والشهود : ولما كانت الشهادة هي على ست مراتب : (الأولى) شهادة أربعة رجال وذلك في الشهادة على القرية في القرية أو على جماعة . (والثانية) شهادة رجلين وذلك في جميع الأمور سوى الزنا . و (الثالثة) شهادة رجل وامرأتين وذلك في الأموال خاصة دون حقوق الأبدان والكنكح والعتق والجماد والبراع وما يصح بذلك كله . وأخلف في فوكالة على المال ، وأجازها أبو حنيفة في الكناك والعتاق والعتق ، وأجازها الظاهرية مطلقاً . و (الرابعة) شهادة امرأتين دون رجل وذلك فيما لا يطلع عليه الرجال كالخمل والولادة والاستئثار وزوال البكارة وحبر القيد ، ولعل إنما يصل بها بشرط أن يشهد ما يشهد به عند الجيران ويظهر ، وقال القاضي لا بد من أربع نسوة ، وأجاز أبو حنيفة شهادة امرأة واحدة . و (الخامسة) رجل مع بين وذلك في الأموال خاصة . و (السادسة) امرأتان مع بين وذلك في الأموال أيضاً . فخص أن شهادة رجل وامرأتين أو رجل وبين أو امرأتين وبين فخصه بالأموال . ولما كانت الشهادة هي أيضاً ست : (الأولى) كمثل المبرز في السقاة فقبل شهادته في كل شيء ولا يقبل فيه المبرج إلا بالضرورة . و (الثانية) كمثل غير المبرز فقبل شهادته في كل شيء ولا يقبل فيه المبرج بالضرورة وغيرهما . و (الثالثة) الذي يحرم فيه العقاب . و (الرابعة) الذي لا يحرم فيه العقاب ولا المبرج . و (الخامسة) الذي يحرم فيه المبرج . فلا تقبل شهادة هؤلاء القهود دون تركبة . و (السادسة) المعروف بالمبرج فلا تقبل شهادته حتى يزك ، وإنما يزكيه من علم ثبته ودرجته مما جرح به (القوانين العلمية لابن جزي ص ٢٠٩ - ص ٢١٠) .

(٣) أنظر لكس على ٢ مارس سنة ١٩٥٠ بمسودة أحكام القضاء ١ رقم ٧٩ من ٢٨٩ (الاطمئنان إلى صفات القاضى) - ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ بمسودة أحكام القضاء ٢ رقم ٩٤ من ٣٧٩ (تقدير أقوال القهود مبرجون بوجدان القاضي ، إلا أن يفرج عنه الأقوال) - ما لا يرضى إليه قانوناً - ١٩ يناير سنة ١٩٥٢ بمسودة أحكام القضاء ١ رقم ٧٢ من ٥٠٠ (تصحيح عسكة ذات درجة أن تصف من أقوال القهود ما يغير ما استعملت سبها عسكة كدرجة الأولى) - ٢٢ أبريل سنة ١٩٥٢ بمسودة أحكام القضاء ١ رقم ١٣٩ من ٩١٦ (ترجيح شاهد على فقيه هو من إطلاقات القاضي للفرع) .

والقاضي بقدر ما إذا كانت البيئة كافية . وله في ذلك سلطان كامل ، لا يخضع هنا أيضاً لرقابة محكمة النقض (١) .

ويتبين مما تقدم أن البيئة حجة ليست مقيدة فحسب ، بل هي أيضاً غير ملزمة وغير قاطعة . ولكنها حجة مصدقة ، أي أن الوقائع التي تثبت بطريقة تضمن ثابته ، لا حل من أقيمت في مواجهته فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى جميع من يتأثر بالحكم الذي صدر في الدعوى .

## المبحث الثالث

### التواعد التي تتبع في سماع البيئة

١٦٩ - من مباحث قانونه المرافعات : أما التواعد التي تتبع في سماع الشهود فهي من مباحث قانون المرافعات . ونجزيه هنا ببيان كيف نحال القضية إلى التحقيق لسماع الشهود ، وكيف تسمع الشهود ، متوخين الإيجاز .

١٧٠ - كيف نحال القضية إلى التحقيق لسماع الشهود : في الأحوال التي يجز فيها القانون الإثبات بالبيئة ، ويرى القاضي أن هذا الإثبات مستغنى عن النحر الذي يثناه ، يجوز للمحكمة ، من تلقاء نفسها متى رأت في ذلك فائدة

(١) أوبري ودو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٣٠٢ - يمان وهر ٩ فقرة ١٢٨٨ - وقد قضت محكمة النقض بأن المحكمة كاملة الحرية في تقدير الدليل ، ومتى قررت المحكمة إحالة الدعوى إلى التحقيق كان لها أن تفسد في استجلاء الحقيقة على أية طريقة تطرح أمامها ، حل أن تورد من الأسباب ما من شأنه أن يؤدي إلى ما قضت به (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٩ ص ٤٧٨) - انظر أيضاً : نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ ص ١٤٢ (جواز الاتحاد حل تحقيق إداري في دعوى إيجارة بين الحكومة والأفراد) - ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٢ ص ٢٠٠ (جواز الاتحاد حل تحقيق آدم المحكمة الإحصائية بعد إلغاء حكمها استئنائي) - ٢٩ يناير ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ (تصور في استكمال التحقيق) - ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٩ ص ٤٤٥ (تصديق في التمسك) - ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٥ ص ٥٦٤ (تصور في التمسك : حماية أجريت ولم تكمل المحكمة عن نتيجة) - ١٦٠٠ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٥ ص ١٧١ (تصور التمسك في إثبات مرض الموت) - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ =

الحقيقة أو بناء على طلب الخصم ، أن تظهر بالإثبات بالبيئة<sup>(١)</sup> . وللمحكم الذي يصدر بأحالة القضية إلى التحقيق لسماح الشهود يجب أن يبين في منطقته كل واقعة من الوقائع للأموور بإثباتها ، واليوم الذي يبدأ فيه التحقيق ، والميلاد الذي يجب أن يتم فيه ( م ١٨٩ - ١٩١ مراجعات ) . وهذا هو ما يسمى بالتحقيق الفرعي ( *enquête incidente* ) .

١٧١ - كيف تسمع الشهود : يكون التحقيق - سماح الشهود - أمام المحكمة . ويجوز لها ، إذا خيف التعجيل ، أن تتدب أحد قضاتها لإجراءه ( م ١٩٣ مراجعات ) .

والإذن لأحد الخصوم في إثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق ( م ١٩٢ مراجعات ) . وفي هذا ضمان كبير اتخذ ضد تحيز الشهود أو ضعف ذاكرتهم أو عدم دقتهم عن طريق إيجاد

= مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣ ص ٧ (الأخذ بشهادة شاحد في طريقة العمل ولو لم تكن له علاقة بالحادثة) - ٢٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧١ ص ٢٦٩ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٧ ص ٤٦٠ - ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣ ص ١٠٨ (الأخذ بأقوال شهود سمعهم الخبير دون حلف يمين) .  
على أن القول بأن فكرة الموضوع المطلقة في تفسير أقوال الشهود مشروط بالأمر بأن يكون هذا التفسير متبنياً على سبب مخالف ثابت في أوراق الدعوى . وإذن لم تكن المحكمة ، إذ قضت برد وطلان البطلان في التزوير ، قد صرحت بأن سبب عدم اطمئنانها إلى أقوال الشهود المعنى عليها في دعوى التزوير هو أن هذه الأخيرة قد سككت عن الرد على ما جرت به عاداتهم ولمستحبة المحكمة من هذا السكوت صفة هذا التبريح ، وكان ثابت أن الطاعة لم تسكت في الرد على تبريح شهودها ، فإن الحكم بكون متبنياً على سبب لا يستلزم في الأوراق ، ما يطله ويوجب نقضه في هذا الخصوص (نقض صف ٢٤ برتبة سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٥١ ص ٩٨٠) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختصة بأن قضائي أن ينقض من نقضه لقب بإسالة القضية إلى التحقيق لإثبات بالبيئة إذا رأى وجها لذلك وكان الإثبات بالبيئة جائزاً قانوناً . وطبقه في هذه الحالة أن يبين في حقه الوقائع المراد إثباتها ، والخصوم هم الذين يحضرون شهودهم ، إثباتاً وثائقاً (١٤ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٠) - وقضت أيضاً بأنه يجوز قبول طلب الخصم إسالة الدعوى إلى التحقيق دون أن يبين الوقائع المراد إثباتها ، ما دامت المحكمة تستطيع من نقض نفسها أن تثبت ذلك إذا رأت وجه للمصلحة فيه (١٨ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧١ - ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٤) .

خبر من القولان بين شهود الإلبيات وشهود القتي<sup>(١)</sup> . وقضى المادة ١٩٤ من قانون المرافعات بأن المحقق يستمر إلى أن يتم سماع جميع شهود الإلبيات والقني في المبدأ ، ويجري سماع شهود القني في نفس الجلسة التي سمعت فيها شهود الإلبيات إلا إذا حال دون ذلك مانع . ويلاحظ أن قنين المرافعات الجديد استوحى نظام المرافعات الشرعية في حصر الدليل ، فأوجب أن يكون للمحقق مهلة لا يجوز منه أكثر من مرة واحدة ( م ١٩٥ مرافعات ) ، ولم يجر سماع شهود بناء على طلب الخصوم بعد إقفاء مهلة التحقيق ، وإن جاز ذلك بأمر المحكمة ( م ١٩٦ مرافعات )<sup>(٢)</sup> .

ولابد من تحليف الشاهد المين قبل أداء الشهادة ، وإلا كان التحقيق باطلا ( م ٢١٢ مرافعات )<sup>(٣)</sup> . وإذا رفض الشاهد الحضور أو امتنع بغير مبرر قانوني عن أداء المين أو عن الإجابة ، حكم عليه بغرامة ، ويجوز للمحكمة إصدار أمر بإحضاره ( م ١٩٩ وم ٢٠١ مرافعات ) .

ولا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صبراً لأحد الخصوم ، إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب حداثة أو هرم أو مرض أو لأي سبب آخر ( م ٢٠٣ مرافعات ) .

وتثبت إيجابيات الشهادة في المحضر . ولا يجوز للشاهد أن يفشي سر وظيفته أو سر مهنته إلا بأذن خاص ، ولا لأحد الزوجين أن يفشي سر الزوجية ولو بعد انقضائها بغير رضاه الزوج الآخر ( م ٢٠٦ - ٢٠٩ مرافعات ) .

وبمجرد انتهاء التحقيق والقراغ من سماع الشهود تحدد أقرب جلسة لتتظر

---

(١) لقضى ذلك ١٩ مايو سنة ١٩٤٦ بمجموعة مرس ٥ ولم ٧٥ ص ١٧١ ، أن المحقق ، وقد كان في خصوص مرفس الموت ، لم تقع له التعسكين بالتصرف فرصة لدى يد المدعى ، والمقرر في الإلبيات بالجهة أن يسكن الخصم من لدى الدليل التي يفتنه خصمه لئلا على حكم للمادة ١٨١ من قانون المرافعات ( م ١٩٢ جديد ) .

(٢) وقد أورد القنين المدني العراقي سلطة من التصوص في القواعد التي تلج في سماع قنية . فضاف إلى الأحكام التي قررها قانون أصول المحاكمات الخوقية . وقد أورد بخصوص القنين المدني تقرير اللجنة ما بين النظرية القلمية في القواعد ونظرية القلمة الإسلاسي ( النظر للمواد ٤٩٢-٥٠١ من هذا القنين ) .

(٣) استئناف قطط ١٠ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٥ .

البحري (م ٢٢١ مرافعات)<sup>(١)</sup>

## الفرع الثاني القرائن القضائية

١٧٢ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٠٧ من **التقنين المدني** على ما يأتي :

« يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون . ولا يجوز الإتيان بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يميز فيها القانون الإتيان بالبينة<sup>(٢)</sup> . ولا مقابل لهذا النص في **التقنين المدني السابق** . ولكن المادة ٢٨٠/٢١٥ من هذا **التقنين** كانت تتيح الإتيان بالبينة وبالقرائن فيما زادت قيمته على عشرة جنبيات . وكذلك كانت المادة ٢٨٢/١١٧ تتيح الإتيان بالبينة وبالقرائن فيما زادت قيمته على عشرة جنبيات إذا وجد مبدأ لبوث بالكتابة . فدل ذلك على أن البينة والقرائن متلازمان ، فما يجوز إثباته بالأولى يجوز إثباته بالبينة ، وهذا بالرغم من أن بعض النصوص كانت تكني بذكر البينة دون القرائن (م ٢٢٠ - ٢٢١/٢٢١ - ٢٨٦) . »

(١) انظر في إجراءات التحقيق بصفة أصلية (enquête principale) المواد ٢٢٢-٢٢٤ من **تقنين المرافعات** .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤٥ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما استقر عليه في **التقنين الجديد** . وأقر لجنة المراجعة تحت رقم ٤٢٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، لجنة مشروع تحت رقم ٤٠٧ ، مجلس الشيوخ (بصورة الأعمال التشريعية ٣ من ٤٢٨ - ٤٢٠) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في صدد هذا النص ما يأتي : « استلهم المشروع في هذه المادة أحكام **التقنين الفرنسي** (م ١٣٥٣) و **التقنين الإيطالي** (م ١٣٥٤) و **التقنين الهولندي** (م ١٩٥٩) و **التقنين الألماني** (م ١٢٤٢) و **التقنين الهنري** (م ٤٤١/٤٤٠) و **التقنين الإسباني** (م ١٢٥٣) و المشروع **الفرنسي** الإيطالي (م ٣٠٥) و يوجد خاص أحكام المادة ٢٥١٩ من **التقنين الهولندي** . ويؤم الإتيان بالقرائن غير المقررة في القانون على تفسير القاضي لما هو معلوم من الإشارات والوقائع تفسيراً حقيقياً لتكوين اعتقاده ، من طريق استخلاص القرينة المجهولة التي يراد إثبات الدليل عليها بن مقدمات هذا المعلوم (بصورة الأعمال التشريعية ٣ من ٤٢٨ - ٤٠٩) . »

وقابل هذا النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات  
السوري م ٩٢ وفي التفتين المدني العراقي للمادة ٥٠٥ ، وفي تفتين أصول المحاكمات  
المدنية اللبناني م ٣١٠ ، وفي التفتين المدني للمملكة العربية المتحدة للمادة ٣٩٥ (١)  
وقابل في التفتين المدني الفرنسي المادة ١٣٥٣ (٢) .

### ١٧٣ - تعريف القرينة - نوعها مع الفرائض : حرفت المادة ١٣٤٩ من التفتين المدني الفرنسي القرائن بوجه عام بأنها هي : النتائج

(١) نصوص التفتينات المدنية العربية الأخرى : لقانون البينات السوري م ١٠٩٢ - القرائن  
القضائية هي القرائن التي لم ينص عليها القانون وأمكن للقاضي أن يستخلصها من ظروف الدعوى  
وأن يفتن بأن لها دلالة معينة ، ويترك لتقدير القاضي استنباط هذه القرائن . ٢ - لا يجوز  
الإثبات بالقرائن القضائية إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة . (ولا خلاف في الحكم  
ما بين التفتين المصري وقانون البينات السوري) .

التفتين المدني العراقي م ٥٠٥ : ١ - يجوز الإثبات بالقرائن القضائية ، وهي القرائن التي  
لم ينص عليها القانون وأمكن للمحكمة أن تستخلصها من ظروف الدعوى ، وأن تقتنع بأن لها  
دلالة معينة . ويترك لتقدير المحكمة استنباط هذه القرائن . ٢ - ولكن لا يجوز الإثبات  
بالقرائن القضائية إلا في الأحوال التي يجوز الإثبات فيها بالشهادة . (تسلك التفتين المدني العراقي  
لا يختلف من حكم التفتين المدني المصري) .

تفتين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية م ٣١٠ : إن القرائن التي لم يقرها القانون تترك  
لبصورة تقاضي ومحكمته . فيجب عليه ألا يقبل منها إلا القرائن الهامة الصريحة المتوافقة ،  
ولا يسعه قبولها إلا في الأحوال التي يميز فيها للقانون البيئة الشخصية ، ما لم يكن سبب الطعن في  
المقدار الاحتمال أو الخداع ، أو تكن القرينة مستندة إلى وقائع يمكن أن تدرج تنفيذاً اعتباراً كلياً  
أو جزئياً للموجب المدهى به . (وهذا النص يوافق نص التفتين الفرنسي الذي سبق ذكره ،  
ولا خلاف في الحكم بينه وبين نص التفتين المصري . ويؤيد التفتين اللبناني أن التنفيذ الاختياري  
قرينة على وجود الالتزام) .

التفتين المدني للمملكة العربية المتحدة م ٣٩٥ : (طابق لنص التفتين المدني المصري) .

(٢) التفتين المدني الفرنسي م ١٣٥٣ : للقرائن التي لم ينص عليها القانون تترك لنظر القاضي  
وتقديره . ولا يجوز أن يأخذ إلا بقرائن قوية للدلالة ، عابثة بالصدف ، ظاهرة للعيان ،  
ولا يأخذ بها إلا في الأحوال التي يميز فيها القانون الإثبات بالبيئة ، ما لم يفتن في التصرف  
بالشئ أو المثلوس .

Art. 1353 : Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont  
abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit  
admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans  
les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que  
l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.



التي يستخلصها القاضى من واقعة معلومة لمرة واحدة *مجهولة* :  
"Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu"

فهى إذن أدلة غير مباشرة ، إذ لا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مطلقا الحق ، بل على واقعة أخرى إذا ثبت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها . وهذا ضرب من تحويل الإثبات (*déplacement de preuve*) من محل إلى آخر ، وسنعود إلى ذلك فيما بعد . مثل ذلك أن تكون الزوجة قريبة على الصورة ، فالواقعة المعلومه هى قيام الزوجة بين المتألفين ، ويستدل القاضى من هذه الواقعة الثابتة على الواقعة المراد إثباتها ، وهى صورة العقد المبرم ما بين الزوجين . ومثل ذلك أيضاً أن يكون وجود سند الدين فى يد المدين قريبة على الوفاء ، فالواقعة المعلومه هى وجود سند الدين فى يد المدين ، ويستدل القاضى من هذه الواقعة على واقعة الوفاء . ومثل ذلك أخيراً أن يكون التصرف فى مرض نفوت قريبة على أن التصرف وصية ، فالواقعة المعلومه هى إبرام التصرف فى مرض الموت ، ويستدل القاضى منها على أن هذا التصرف وصية .

والقرائن ، كما قلنا ، إما قرائن قانونية أو قرائن قضائية . فالقرائن القانونية (*présomptions légales, présomptions de droit*) هى التي ينص عليها القانون . وهى ليست طريقاً للإثبات ، بل هى طريق يعنى من الإثبات ، فسنبحثها إذن مع الإقرار واليمين . والقرائن القضائية (*présomptions judiciaires, présomptions du fait de l'homme, présomptions simples*) هى التي تترك لتقدير القاضى يستخلصها من ظروف القضية وملابساتها ، وهى وحدها موضوع هذا البحث .

ونبحث : (أولاً) عناصر القرينة القضائية وسلطة القاضى فى تقديرها (ثانياً) تكييف القرائن بوجه عام ونحوها من قرائن قضائية إلى قرائن قانونية .

## المبحث الأول

عناصر القرينة القضائية وسلطة القاضى فى تقديرها

١٧٤ - عناصره للقرينة القضائية : القرينة القضائية عنصران :

(١) واقعة ثابتة يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى ، وتسمى هذه الواقعة بالدلائل أو الأمارات (Indices) . وهذا هو المصير للأدلة القرينة . (٢) عملية استنباط يقوم بها القاضي ، ليصل من هذه الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها . وهذا هو المصير المعنوي للقرينة .

### ١٧٥ - وثيقة ثابتة يختارها القاضي : قد يستخلص القاضي الدليل -

إذا لم يوجد إقرار أو بين أو قرينة قانونية - لا من ورقة مكتوبة ، ولا من بينة لسمع ، ولكن من ظروف القضية وملازماتها ، أو كما يقول المثبتين للمدعى العائلي (م ٥٥٥) من قرآن يستخلصها من ظروف الدعوى بعد أن يفتح بأن لها دلالة معينة . وسيله إلى ذلك أن يختار بعض الوقائع الثابتة أمامه في الدعوى . قد يختارها من الوقائع التي كانت محل مناقشة بين الخصوم . وقد يختارها من ملف الدعوى ، ولو من تحقيقات باطلة . بل قد يختارها من أوراق خارج الدعوى ، كتحقيق إداري أو محاضر إجراءات جنائية ولو كانت هذه المحاضر قد انتهت بالحفظ (١) .

وقد تكون الواقعة التي اختارها القاضي ثابتة بالبينة (٢) أو بورقة مكتوبة (٣) ،

(١) أوربي روي ١٦ لفرقة ٧٦٦ ص ٣٨٦ - ص ٣٨٨ بلانول وريير وجابول ٧ لفرقة ١٤٥٧ ص ١٠٠٨ - ص ١٠٠٩ - وبذلك يختلف الأعداء بالقرائن القضائية من جهة التعظيم القانوني للإثبات . وإذا أورد القاضي الدليل من ناحية الشكل لنقص في شريحه ، تلمسه من ناحية الموضوع فاعبده قرينة ( بذان ورو ٩ لفرقة ١٢٩٧ - لفرقة ١٢٩٩ ) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المحكمة أن تستد من واقع الدعوى ما تراه من القرائن القضائية المؤدية فعلا إلى النتيجة التي تنقص إليها ، فإذا كانت المحكمة قد حصلت من شهادة شهود المدعى عليه بأنهم لا يهربون أنه مدعى إحدى القرائن على صورة الدين للمدعى به ، فذلك في حدود سنها الذي لا رقابة عليه شككة النقض (نقض مدعى ٢٠ نوفمبر ١٩٤٧ مجرعة محر ٥ رقم ٣٢٢ ص ١٨٥) . وقضت أيضاً بأنه لا تثريب على المحكمة في تكوين مفيدتها من أقوال شهود سمعوا في قضية أخرى إن هي أعلنت بطلان الأقوال للقرينة وكان الإثبات في الدعوى ما يجوز فيه قبول القرائن (نقض مدعى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجرعة محر ٥ رقم ٣١٧ ص ١١٢) . وقضت كذلك بأن القاضي أن يستنبط القرينة التي يعده عليها من أي تحقيق فني أو إداري ومن شهادة شاع لم يؤد القاضين أمام النيابة في التحقيق الذي أجراه ، فلا تثريب على المحكمة إن هي انظمت من تجهيل المتسلط بالورقة شخصية هروما قرينة لتصلها إلى ما استلذت إليه في قضائها بتزوير هذه القرينة (نقض مدعى ٢ مارس سنة ١٩٥٠ مجرعة أحكام النقض ١ رقم ٧٨ ص ٢٩٧) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أثار الحكم إلى كثرة التكاليف والأرداء المال وإلى

أو يمين نكل الخصم من حفظها<sup>(١)</sup>، أو بالقراء من الخصم<sup>(٢)</sup>، أو بقرينة القرى  
دلت على الفارقة التي تستبطن منها القرينة<sup>(٣)</sup>، ولو بمجلة من هذه الطرق مجتمعة<sup>(٤)</sup>.

مع انقضاء تكليف جزء من الأبطال لاسم مودة المظنون عليهم وقت أن كان مودع القاضين مدة  
الباقية الواقعة فيها الأبطال موضوع النزاع باعتبارها قرائن تنزح وضع يد المظنون عليهم بنية  
الحكم ، وليس في هذا ما يخالف القانون ( نفس مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام  
النفوس ٢ رقم ١١٩ ص ٧٥٠ ) . وقضت أيضاً بأنه من كانت الخصاصة التي أحدها عليها الباطل  
في إثبات القرينة بالتزامها ليست إلا أمراً مسلماً إليها من المقرري بتسليم الخصاصة إلى أمين القتل ،  
لأن الحكم المظنون فيه إذ قرر أن هذه الخصاصة ، وإن كانت قرينة على حصول التسليم ، إلا أنه  
يصح حملها بكافة القرائن الأخرى ، وليس فيها قرينة ما يخالف قواعد الإثبات ( نفس مدني  
١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النفوس ٤ رقم ٣٢ ص ١٠٧ ) .

(١) وقد قضت محكمة النفوس بالألزام على محكمة الموضوع إن هي استخلصت من نكول  
القاضين عن يمين لدى الحكم بالأمر على المظنون عليه في القتل موضوع النزاع ، قرينة على عدم  
أهلية القاضين في طلب منع تعرض المظنون عليه ، ومن ثم فإن الحكم على الحكم استناداً إلى أن  
أحداً في تطبيق القانون ، إذ أجبر أن نكول القاضين عن هذه اليمين موجب لعدم عليه في حين أنه  
لم توجه إليه بين الخصاصة باليمن والقانون - هذا الظن يكون على غير أساس ( نفس مدني ٤ مايو  
سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النفوس ٢ رقم ١٢ ص ٢١٩ ) .

(٢) وقد قضت محكمة النفوس بالألزام على محكمة الموضوع إن هي القلت من تراعي القاضين  
في تسجيل هذه البيع الصادر له من مودة قرينة ضمن قرائن أخرى على أن القتل مدني في فترة  
معرض مودع القاضين وأن تاريخه لهم لست هذه الحقيقة ، إذ هي لم تجاوز حقيقتها في تلبية الأدلة  
وتقييم القرائن في الدعوى ( نفس مدني ٣ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النفوس ٢ رقم ١٧٧  
ص ٧٩٥ ) . وقاض أن تراعي القاضين في تسجيل المدعي أمر مستوف به .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطية بأنه يمكن أخذ القرائن القوية دليلاً على حصول  
المصالحة بين الخصوم حتى بعد صدور الأحكام النهائية لمصلحة فريق منهم ، كما لو قام في تلبية  
تلك الأحكام إنكالات صرفقة لتلبية أولاً ، ثم مر على تلك الأحكام مدة طويلة دون أن يعطى  
الحكم له الإجراءات القانونية لتطبيقها ، مما لا يصور منه سكوت هذه المدة دون أن يكون  
حالة صلح ( ١٥ يولية سنة ١٨٩٩ المجلد ١٤ ص ٢٩٧ ) . فهنا استنبطت المحكمة ، أولاً ،  
من قيام الإنكالات ومرار مدة طويلة دون أن يعطى المحكوم له إجراءات التلبية ، أنه تتناول  
من تلبية الحكم الصادر لمصلحته . فتكون هذه الفارقة - التنازل من تلبية الحكم - قد ثبتت عنه  
المحكمة من طريق قرائن قضائية . ثم أخذت المحكمة بهذا ذلك من واقعة التنازل من تلبية الحكم  
قرينة على وقوع صلح بين المحكوم له والمحكوم عليه - كذلك قد ثبتت هذه القرينة من طريق  
قرينة قضائية من دفع القوائمه ، ثم يعطى هذه القرينة ذاتها قرينة قضائية على أن البيع الذي طبع  
بعضها المقرري الآن إلى المقرري - وسوى هذا المثل فيما يلي - إنما هو بيع سودي .

(٤) وقد قضت محكمة النفوس بأن نفس الموضوع حر في استنباط القرائن التي يأخذ بها من  
دلائل الدعوى والأدلة المتقدمة فيها . ولأن في كان الحكم إذ استند إلى شهادة القمود الذين -

يقف القاضى إذن عند واقعة يخطرها ثبتت عنده ، ولكن واقعة قرض ثبتت بورقة مكتوبة أو بيينة أو بقرينة أو بغير ذلك . والقاضى حر فى اختيار الواقعة التى يقف عندها ، إذ يراها أكثر موافقة للدليل وأيسر فى استنباط القرينة.

#### ١٧٦ - استنباط الواقعة المراد إثباتها من الواقعة الثابتة : ويبدأ

بعد ذلك أشق بمجهود يبذل القاضى فى استخلاص الدليل . إذ عليه أن يستنبط من هذه الواقعة الثابتة الدليل على الواقعة التى يراد إثباتها ، فيستخذ من الواقعة المعلومة قرينة على الواقعة المجهولة . ففى المثل المتقدم لا يكون القاضى متعنتا إذا هو استخلص من واقعة القرض التى اختارها أن المقرض كان فى حاجة إلى المال عندما عقد القرض ، فإذا ادعى أنه اشترى ، بعد القرض بأيام قليلة وقبل أن ينى بالقرض ، داراً من المقرض بشئ يزيد كثيراً على مبلغ القرض ، ودفع له الثمن فى الحال ، كانت هذه الوقائع متعارضة مع دلالة الواقعة الثابتة . فإذا طعن شخص فى عقد البيع الصادر من المقرض إلى المقرض بأنه بيع صورى ، أو دفع بصورة دفع الثمن ، كان للقاضى أن يستخلص من واقعة القرض وحاجة المقرض إلى المال وتعارض هذه الحاجة مع دفعه ثمناً كبيراً يزيد كثيراً على مبلغ القرض ، كان له أن يستخلص من كل ذلك قرينة على أن المقرض لم يدفع الثمن إلى المقرض ، فتكون هذه القرينة القضائية دليلاً على الصورة .

== سمعتم خير الدهوى أما استنته إليها كقرينة مضافة إلى قرآن أخرى فصلها وحى فى مجموعها تؤدي إلى ما انتهى إليه ، فلا تريب عليه إذا هو استند إحدى القرأتين من شهادة الشهود الذين سمعهم بخبر الدهوى دون أن يزدوا الجمين القانونية . وإذا كان الحكم مقاباً على جلسة قرآن فصلها ، بكل بعضها بعضاً ، وتؤدي فى مجموعها إلى النتيجة التى انتهى إليها ، فإنه لا يجوز مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها فى ذاتها ( نفس مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩٣ ص ٥٤٨ ) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم قد أقام لقضاه على عدة قرأتين مجتمعة ، بحيث لا يعرف أيها كان أساساً جوهرياً له ، ثم تبين ضاد بعضها ، فإنه يكون باطلاً بطلاناً جوهرياً ( نفس مدنى ٢ يونية سنة ١٩٤٩ مجموعة مره رقم ٤٢٧ ص ٧٨٦ - وانظر أيضاً : ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٦ ص ٤٥٨ - أول يونية سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤٢ ص ٥٧٢ - ٢٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٢ ص ١٠٩٥ ) . وكذلك الحال فيما إذا قام الحكم على أدلة متعددة دون أن يبين قيمة كل دليل منها ، فإذا تبين ضاد أحد هذه الأدلة ضد حكم الحكم ( نفس مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة مره ٥ رقم ٢٠١ ص ٤٢٧ ) . أما إذا صرح بالحكم بقيمة كل =

## ١٧٧ - سلطة القاضي واسعة في التقدير : وقد رأينا فيما تقدم أن

القاضي سلطة واسعة في استنباط القرائن القانونية . فهو حر في اختيار واقعة ثابتة ، من بين الوقائع المتعددة التي يراها أمامه ، لاستنباط القرينة منها ، ثم هو واسع السلطان في تقدير ما يحمله هذه الواقعة من الدلالة ، وهذا هو الاستنباط . وفيه تختلف الأنظار ، وتتفاوت المدارك . فمن القضاة من يكون استنباطه سليماً فيستقيم له الدليل ، ومنهم من يجأ إلى استنباطه مع منطلق الواقع . ومن ثم كانت القرينة القضائية من أسلم الأدلة من حيث الواقعة الثابتة التي تستنبط منها القرينة ، ومن أخطرهما من حيث صحة الاستنباط واستقامته<sup>(١)</sup> .

والقاضي ، فيما له من سلطان واسع في التقدير ، قد تفتنه قرينة واحدة قوية الدلالة ، ولا تفتنه قرائن متعددة إذا كانت هذه القرائن ضعيفة متناهية<sup>(٢)</sup> . وأما ما يذكره التفتين المدني الفرنسي (م ١٣٥٣) من وجوب اجتماع قرائن قوية الدلالة دقيقة التحديد ظاهرة التوافق ، فليس إلا من قبيل توجيه القاضي<sup>(٣)</sup> . ويبقى حق التقدير التأملي في ذلك له . ولا نقب عليه بحكمة النقض في

= دليل ، فإن فساد دليل لا يجب من الحكم إلا ما استند منه إلى هذا الدليل ( نفس مدني ٣ سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٠ ص ٦٣٤ ) . انظر في تمدد الأدلة وأثر فساد بعضها في صحة الحكم الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات لفرة ٢٢٢ .

(١) بلانيول وديير وجابوله ٧ لفرة ١٥٤٥ ص ١٠٠٧ — بلانيول وديير وديولانيه ٢ لفرة ٢٢٥١ .

(٢) أوبري ورو ١٢ لفرة ٧٦٦ ص ٣٨٦ وحامش رقم ٦ — بلانيول وديير وجابوله ٧ لفرة ١٥٤٧ ص ١٠٠٨ — ١٠١٠ — بلانيول وديير وديولانيه ٢ لفرة ٢٢٥٢ — كولان وكايتان ومورانديير ٢ لفرة ٧٨١ .

(٣) أوبري ورو ١٢ لفرة ٧٦٦ ص ٣٨٥ — ٣٨٦ — بلانيول وديير وجابوله ٧ لفرة ١٥٤٧ ص ١٠٠٨ — ١٠١٠ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع المنهني في هذا المسند ما يأتي : « والقاضي كل السلطة في تقدير حجية القرائن . حل أن إجماع القضاة قد اتفق على أن القاضي لا يتخذ بمسند القرائن ولا يتطابقها . فقد تجزئه قرينة واحدة ، ثم توافرت حل قوة الإقناع . ولذلك لم ينقل المشروع عن التفتين الفرنسي والمشروع الإيطالي ما نصا عليه من إلزام القاضي « بالآ يقبل إلا قرائن قوية محددة مصاطبة » . فاللفه والقضاء حل أن هذا النص ليس إلا مجرد توجيه ، مع أن ظهرو قد يرحى خطأ بأنه يقيم شرطاً لقبول الإثبات بالقرائن » (مجموعة الأعمال المحضورية ٢ ص ٤٢٩ — ص ٤٣٠) — انظر أيضاً بودوي وبارد ٤ لفرة ٢٦٩٨ — ميدان وبيرو ٩ لفرة ١٣٠٢ — ديكوتيني لفرة ١١٣ — الموجز لسولف ص ٧٣٠ .

هذا القدر<sup>(١)</sup> ، ما علمت القرينة التي اعتبرها دليلاً على ثبوت الواقعة تؤدي حتماً إلى ثبوتها<sup>(٢)</sup>.

## ١٧٨ - لا يجوز أنه يثبت بالفرائض القضائية إلا ما يجوز إثباته

باليمين : وزى عما تقدم أن الإثبات بالقرائن القضائية لا يخلو من الخطر . فالقاضي ، كما رأيت ، يجمع في استنباط القرينة القضائية بحرية واسعة ، في ميدان تتفاوت فيه الأفهام ، وتنبأنا الأخطار . فليس ثمة من استقوار كافٍ في وزن الدليل ، وما يراه قاضي قرينة متجدة في الإثبات لا يرى قاضي آخر فيه شيئاً .

من أجل ذلك كانت القرينة القضائية ، كدليل إثبات ، دون منزلة الكتابة ، فهي تتساوى في منزلتها مع آئنة<sup>(٣)</sup> . ولا يجوز الإثبات بقرينة قضائية إلا

(١) لروبري وود ١٢ ققرة ٧٦٦ ص ٣٨٥ - ص ٣٨٦ .

(٢) لنفسه على ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام القضاة ٤ رقم ٩٨ ص ٩١٦ - وله جهاد في هذا الحكم ما يأتي : « هذا كان بين من الحكم المظنون ليس أن هناك الموضوع أسست قسماً بغير الرضا القاضي على أن القروض قد طغيت في ظروف أليمة ، خلال مدة الحرب ، في بلد يحيط العدو ، على أن تمدد بالسلطة المصرية ، ودولت في مستلزمات غير موزعة ولم يكن فيها مكان لحررها ، وعلى أن ظروف الاستعانة تدل على أن المترشحين كانوا في حالة سيئ شعده أثناء وجودهم بفرنسا إذا سمحت لهم الحرب القطاع سبل معاشهم فاضطروا للهجرة إلى الطامن الحال وغيره للائتمان منهم ، وكانت هذه الظروف التي اعتبرها الحكم دليلاً على ثبوت الرضا القاضي لا ترضى حتماً إلى ثبوت - ذلك لأن كل مدعى لا يلجأ إلى الائتمان عادة إلا إذا كان في ظروف تضطره إليه ، فثبتت هذه الضرورة في حد ذاتها دليلاً على ثبوت الرضا القاضي ، وكذلك لا يؤدي إلى إثباته على سندات الدين من بيان تاريخ ومكان تحررها . وكان لمسكة من رجع لدينا من قرائن الحال في الدعوى استحال طرفة الرضا القاضي أن تحمل الدعوى على التفتيش ليهت المدينون بقضى السندات دفاعهم بأنهم لم يستطيعوا في مطالبتها سوى المبالغ التي أقرها بها . لما كان ذلك ، وكان الحكم المظنون فيه قد نقل عبء الإثبات من حائز المدينين بقضى السندات موضوع الدعوى إلى حائز الدائن استناداً إلى قرائن غير مؤيدة لإثبات الرضا القاضي ، فإنه يكون له خلاف قواعد الإثبات ، فضلاً عن قصوره في التصويب ما يستوجب نقضه (نفسه على ١٢ مارس ١٩٥٣ مجموعة أحكام القضاة ٤ رقم ٩٨ ص ٩١٦) . انظر أيضاً في هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية ٩ مايو سنة ١٩٥١ بالقول ١٩٥١ ص ١٧٣ - يبدان وود ٩ ققرة ١٢٠٢ ص ٣٩٨ .

(٣) يبدان وود ٩ ققرة ١٢٠٠ - المرجع المذكور ص ٧٢٥ .

## حيث يجوز الإثبات بالبينة<sup>(١)</sup> (م ٤٠٧ مدني) <sup>(٢)</sup>.

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا كان الإثبات بالقرائن جازاً في جميع الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبينة لاتحاد الحكم في الحائتين ، جاز للمحكمة أن تستند في إثبات صحة التوقيع على نفس الأوراق التي رفضت المضاماة عليها ، إن لم يكن باعتبارها أوراقا المضاماة للقرائن التي قد تستبطلها المحكمة من هذه الأوراق (٢٧ يناير سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٨٦ ص ٤٤٩) . وقضت كذلك بأن عدم قبول الإثبات بشهادة الشهود يبنى عليه أيضاً عدم جواز الأخذ فيها بالقرائن (٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٠ ص ١٣٤) . انظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف غنطط ١٠ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٦١ - ١٧ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٩٠ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٧ - ١١ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٢٢٨ - ٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٣ - ١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٤ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٥٦ - ٢ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٤ - ٦ يوليو سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٤٦٣ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٨ - ٨ يوليو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٦ - ١٨ يوليو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٣ .

وجاء في الموجز لمولف : «وتقبل القرائن القضائية أياً كان تقبل البينة . وقد رأينا أن البينة والقرائن أمران متلازمان ، لا يمكن إثباته بالبينة يمكن إثباته بالقرائن ، والعكس صحيح . وهذا بخلاف القرائن القانونية ، فلها لا تقبل إلا في الفروض التي نص عليها المشرع (الموجز ص ٧٢٠) - هذا ولو جاز أن يثبت بالقرائن القضائية ما لا يجوز إثباته بالبينة ، لأن يمكن دائماً الاحتيال على النصوس التي لا تجيز الإثبات بالبينة ، فثبت يجوز الإثبات بالقرائن القضائية ولا يجوز الإثبات بالبينة ، يمكن مع ذلك سماح البينة على اعتبار أنها ليست إلا قرائن قضائية (أنسكلويدى دافوز ، لفظ *Présumption* فقرة ٦١) .

(٢) وقد قررت المادة ١٣٥٣ من المئتين المئتين الفرنسي هذا الحكم أيضاً ، ولكنها استلكت التصرفات التي يظن فيها بالفسخ أو بالتفليس ، فيجوز إثباتها بالقرائن القضائية . ويظهر أن إرادة الحكم على هذا النحو متطرفة ، فإن التصرفات التي يظن فيها بالفسخ يجوز إثباتها بالبينة بقدر ما يجوز ذلك بالقرائن القضائية . وإنما يرد الاستثناء المتعلق بالفسخ على الإثبات بالكتابة لامل الإثبات بالبينة (بوليه فقرة ١٨٥ - ديولومب ٣٠ فقرة ١٨٥ - توران ١٩ فقرة ٦٣٣ - فقرة ٦٣٤ - بومدي وبارد ، فقرة ٢٦٩٧ ميان وبود ٩ فقرة ١٣٠٠ ص ٢٩٦) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مسأله القصد مالم : «ويرد الإثبات بالقرائن مع الإثبات بالبينة في المربة الثانية . ولذلك نص على أنه لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يميز فيها القانون الإثبات بالبينة . » ويظهر على ذلك أن جميع الفروض الخاصة بقبول الإثبات بالبينة تنسب على القرائن دون أي استثناء . وقد أضاف المئتين الفرنسي (١٣٥٣) والمئتين المئتين (م ١٩٥٩) والمشرع الفرنسي الإبطال (م ٢٠٣) في النص على عدم جواز الإثبات بالقرائن غير المقررة في القانون إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبينة ما لم يظن في القوة بنهب فسخ أو تفليس . ذلك أن سياق هذا الاستثناء قد يفسر بأن وقائع الفسخ والتفليس لا يجوز إثباتها بالبينة ، مع أنها من قبيل الوقائع القانونية التي يجب تحصيل دليل كتابي معها بطلانها . ومن المعلوم أن إثبات هذه الوقائع بالبينة جاز ، -

ولا يغوتنا هنا أن نشير إلى ما سبق أن ذكرناه في عبء الإثبات من أن هذا العبء ينتقل في الواقع من خصم إلى خصم وفقاً للقرائن القضائية التي يستخلصها القاضي من ظروف الدعوى . فالقاضي يأخذ بالقرائن القضائية ، لا للإثبات الكامل فحسب ، بل أيضاً لنقل عبء الإثبات من جانب إلى جانب ، ثم لرده إلى الجانب الأول (١) .

والقرينة القضائية كالبينة حجة متعددة غير ملزمة ، وهي أيضاً كالبينة غير قاطعة ، إذ هي دائماً تقبل إثبات العكس ، إما بالكتابة أو بالبينة أو بقرينة مثلها أو بغير ذلك ، فهي من هذه الناحية كالقرينة القانونية غير القاطعة .

## المبحث الثاني

تكليف القرائن بوجه عام ونحوها من قرائن قضائية إلى قرائن قانونية

١٧٩ - تكليف القرائن بوجه عام : القرينة ليست لإثبات الإثبات من الواقعة المراد إثباتها بالذات إلى واقعة أخرى قريبة منها ، إذا ثبت اعتبر ثبوتها دليلاً على صحة الواقعة الأولى .

ويقول بارتان في هذا المعنى : « تقتضى طبيعة الأمور أن نستبدل بإثبات الواقعة مصدر الحق المدعى به ، وهي واقعة يتعلم إثباتها ، إثبات واقعة أخرى قريبة منها (voisin) ومتصلة بها (connexe) . ويطلب الخصم من القاضي أن يستخلص من صحة الواقعة الثانية ، عن طريق استنباط بطول أو يقصر ، صحة

« وهو جائز بالقرائن تدرجاً على ذلك . ولهذا يكون الاستدراك الذي تقدمت الإشارة إليه علواً من معنى الاستثناء ، ويكون إطفائه أكمل بفتح قلبه والطمس ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٢٩ ) .

(١) فملاحة لزوجية أو القرابة قرينة على صورة العقد إلى أن يثبت العكس ، ووجود أثاث بمنزل الزوجية لزوجين مسلمين قرينة على أن الأثاث ملك للزوجة إلى أن يثبت العكس ( الموجز المؤلف من ٧٣٠ ) . انظر أيضاً : استئناف مصر ٧ يونيو سنة ١٩٢٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٩ ص ٥٣٨ ( كلف المكلّفة قرينة على الملكية إلى أن يثبت العكس ) - استئناف مصر ١٨ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ١٩ رقم ١٦٢ ص ٢٧٥ ( حكم منع أمانة الخبير الذي طلبه المستأنف قرينة على عدم وثوق المستأنف من صحة دلائله ) .



الواقعة الأولى التي لا يتمكن من إثباتها بطريق مباشر ، فيعتمد على الإثبات على نحو ما وهذا ما اقترح تسميته بحول الإثبات (*dépense de preuve*) ، وهو من الخصائص الجوهرية للإثبات القضائية<sup>(١)</sup>.

في القرينة القضائية القاضي هو الذي يختار هذه الواقعة القرينة المتصلة بالواقعة المراد إثباتها . أما في القرينة القانونية فالقانون هو الذي يقول هذا الاعتراف<sup>(٢)</sup> . وهذه الواقعة القرينة المتصلة - وهي الأمانة (*indice*) - لا تعطى للقاضي إلا علماً غنياً . وبالإستنباط ينتقل القاضي من العلم القلبي إلى العلم اليقيني (*de la vraisemblance à la certitude*) ، ومن الراجح إلى المحقق (*de la probabilité au réel*)<sup>(٣)</sup>.

١٨٠ - تحول الفرائض القضائية إلى فرائض قانونية : يقول بارتان هنا أيضاً : وأن القرينة القانونية ليست في الواقع من الأمر إلا قرينة قضائية قام القانون بتعميمها وتنظيمها ، (*La présomption légale n'est, au fond, qu'une présomption de fait généralisée et systématisée par la loi*) وهذا صحيح من حيث التكيف والتأصيل . فالقرينة القانونية ليست في الأصل إلا قرينة قضائية توارثت واضطرد وقوعها ، فاستقر عليها القضاء . ومن ثم لم تصبح هذه القرينة متغيرة الدلالة من قضية إلى أخرى ، فرأى المشرع في اضطرابها واستقرارها ما يجعلها جذيرة بأن ينص على توحيد دلالتها ، فصيح بذلك قرينة قانونية<sup>(٤)</sup>.

(١) بارتان على أوروبا، عدد ١٧ لقرة ٧٤٩ حاشي رقم ١٠ مكرور .

(٢) بارتان على أوروبا، عدد ١٢ لقرة ٧٤٩ حاشي رقم ٢٦ مكرور وقرة ٧٥٠ حاشي

رقم ١ مكرور .

(٣) بيمان وبرو ٩ لقرة ١٧٨٩ .

(٤) بل يمكن دون نص قانوني - على ما يقول بعض الفقهاء - أن يكون القضاء مرافاً لثابت يصير مصدره متفقاً لقرينة قانونية ، فالقرينة يكون مصدرها القانون والقانون هنا يكون مصدره الحرف (البرهان) *(Deduction)* في القرائن في القانون الخامس رسالة من باريس سنة ١٩٥٠ ص ٢٩٧ . على ذلك مسؤولة حارس القيد في ظل التفتيش المدني السابق ، فقد كانت مسؤولة في هذا التفتيش قائمة على قرينة مبنية على وجود حبيب في القيد أو نقص في صياحه ، ولكنها قرينة لم يكن التفتيش السابق ينص عليها ، ومع ذلك توارثت حتى ذهب بعض - (م ٢٢ قوسيط - ٢٥)

والأمانة على ذلك كثيرة ، نذكر بعضها :

يشترط في نجاح الدعوى البوليصية في المفاوضات أن يكون المدين مصرراً ، وأن يكون هناك توافق بين المدين ومن تصرف له . فكان إحصار المدين تقوم عليه ، في ظل التفتين الملقى السابق ، قرينة قضائية ، تحولت في التفتين الملقى الجديد إلى قرينة قانونية ، إذ تنص المادة ٢٣٩ من هذا التفتين على أنه « إذا ادعى المدين إحصار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقلوماً في دفعه من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة التفتين أو يزيد عليها .

وكانت هناك ، في ظل التفتين السابق ، سلسلة من القرائن القضائية تقوم دليلاً على غش المدين وتواطئه مع من تصرف له بعض . وقد تحولت هذه القرائن القضائية إلى قرائن قانونية في التفتين الملقى الحالي ، إذ تنص المادة ٢٣٨ من هذا التفتين على أنه « إذا كان تصرف المدين بعض ، اشترط لعدم نفاذه في حق المدين أن يكون مطلوباً على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . وبكفي لإحباط التصرف مطلوباً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه مصر ، كما يعتبر من صدر له التصرف علماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين مصر » .

وجرى القضاء ، في ظل التفتين الملقى السابق ، على اعتبار الوفاء بقسط من الأجرة قرينة قضائية على الوفاء بالأقساط السابقة<sup>(١)</sup> . واضطرب هذا القضاء واستقر ، فارتفعت هذه القرينة القضائية في التفتين الملقى الجديد إلى منزلة القرينة القانونية ، إذ نصت المادة ٥٨٧ من هذا التفتين على أن « الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط ، حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » .

وقد يقع ، على التفتين من ذلك ، أن قرينة قانونية تنزل إلى قرينة قضائية ،

---

= الأحكام إلى اعتبارها قرينة قانونية . وتحولت فلا إلى قرينة قانونية في التفتين الملقى الجديد (١٧٧) (الأساطة سليمان مرسى في أسرار الإثبات ص ٢٥٧) - انظر أيضاً بالأمور وديور وديور لاجيه ٢ رقم ٢٢٥٠ .

(١) استفتاء مخطط ٢٨ مايو سنة ١٩٩١ م ص ٣٦٠ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ م ٩٠ .

كما وقع في القرينة للمساعدة من وجود سند الدين في يد الدين . فقد كان المقتنين  
المعنى السابق (م ٢١٩/٢٨٤) يحمله قرينة قانونية على الرقابة ، إلى أن يقيم الناس  
الدليل على العكس (م ٢٢٠/٢٨٥) . ولم يسبقه المقتنين المعنى الجديد هذا النص ،  
فنزلت هذه القرينة القانونية إلى مرتبة القرينة القضائية .

وبالرغم من أن القرينة القضائية والقرينة القانونية من طبيعة واحدة من  
حيث التكيف والتأصيل ، إلا أنهما يختلفان من حيث مهمة كل منهما . فالقرينة  
القضائية طريق إيجابي من طرق الإثبات . أما القرينة القانونية فهي ، كما قلنا ،  
إعفاء من الإثبات ، مؤقت أو دائم . وفقاً لما إذا كانت القرينة تقبل إثبات  
العكس أو لا تقبل ذلك<sup>(١)</sup> .

---

(١) ونستطيع الآن أن نستخلص أهم الفروق ما بين القرائن القضائية والقرائن القانونية فيما  
يأتى : (أ) القرائن القضائية أدلة إيجابية ، أما القرائن القانونية فأدلة سلبية أى أنها تنفى من  
تقدم الدليل . (ب) لما كانت القرائن القضائية يحتج بها القاضي وقرائن القانونية يستعملها  
المفرع ، فإنه يترتب على ذلك أن القرائن القضائية لا يمكن حصرها لأنها تستنبط من ظروف كل  
قضية ، أما القرائن القانونية فلا كودة على سبيل الحصر في أمور التتبع . (ج) القرائن  
القضائية كلها غير قاطعة ، فهي قابلة دائماً لإثبات العكس ، ويميز بعضها جميع الطرق ومنها  
البينة والقرائن ، أما القرائن القانونية فبعضها يجوز نقضه بإثبات العكس وبعضها تابع لإثبات  
الدليل العكسي . (انظر الموجز المؤلف لسنة ٧٠٤ - وانظر في مقارنة شاملة ما بين القرائن  
القضائية والقرائن القانونية مكوتهيس لسنة ١١٤ - لسنة ١١٥) .

وانظر في القرائن القضائية في اللغة الإيسوي ، الأسطى أحمد إبراهيم في كتاب وطرق القضاء  
في الشريعة الإسلامية ص ٤٣٠ - ص ٤٣٢ ، وفي القرينة القضائية للقاسم ص ٤٢ - ص ٦١  
من الكتاب ذاته .

## الفصل الثاني

### قوة البيئة والقرائن في الإثبات

١٨١ - قوة مطلقة وقوة محدودة : تنص المادة ٤٠٠ من التقنين المدني بأن التصرف القانوني ، في غير المواد التجارية ، لا يجوز إثباته بالبيئة إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة .  
فالقوة المحدودة في الإثبات للبيئة والقرائن إنما هي في ميدان التصرفات القانونية المدنية . ويستخلص من ذلك أن للبيئة والقرائن قوة مطلقة في الإثبات خارج هذا الميدان . فتكون لها هذه القوة المطلقة في الوقائع القانونية المادية (faits juridiques matériels) وفي التصرفات القانونية التجارية (actes juridiques commerciaux).

## الفرع الأول

### قوة الإثبات المطلقة للبيئة والقرائن

#### المبحث الأول

#### الوقائع القانونية المادية

١٨٢ - طبيعة الوقائع المادية تستلزم على فرضي الكتابة لعقوبات :  
هناك فرق واضح بين التصرف القانوني والواقعة المادية .  
فالتصرف القانوني لإرادة تنجبه إلى إحداث أثر قانوني معين فيرتب القانون عليها هذا الأثر . ولما كانت هذه الإرادة لها مظهر خارجي هو التعبير ، فإن القانون اقتضى ألا يكون إثبات هذا التعبير ، كقاعدة عامة ، إلا عن طريق الكتابة ، وذلك لاعتبارين أساسيين : (١) لأن التعبير عن إرادة تنجبه لإحداث أثر قانوني أمر دقيق ، قد يتم على الشهود فلا يدركون معناه ، ولا يؤدون الشهادة

فيه بالذمة الواجبة ، وسنعود إلى هذا الاعتبار عند الكلام في إثبات التصرف القانوني . (٢) والتصرف القانوني ، فوق ذلك ، هو الذي تستطاع تهيئة الدليل الكتابي (prouve préconstituée) عليه وقت وقوعه ، ومن ثم كان اشتراط الكتابة لإثباته أمراً ميسوراً .

أما الواقعة المادية فلا يقوم في شأنها أى من الاعتبارين المتضمنين . فهي تحدث ، وتراها الناس ، فلا تختلف أفهامهم كثيراً في روايتها كما وقعت ، إذ هي ليست من الذمة والتعقيد بالمنزلة التي رأيناها للتصرف القانوني . وهب أن واقعة مادية كانت من الذمة بحيث تختلف أفهام الناس في إدراكها ، فهل يكون ميسوراً تسجيلها بالكتابة عند وقوعها ؟ قليل من الوقائع هو الذي يتيسر فيه ذلك . وقد عمد المشرع إلى التطهير من هذه الوقائع ، كالبلاد والموت ، فأوجب تسجيلها بالكتابة على نحو خاص<sup>(١)</sup> . أما الكثرة الغالبة من الوقائع للمدعية التي تحدث آثاراً قانونية فلا يتيسر إثباتها بالكتابة . فيمكن إذن إثباتها بالذمة وبالقرائن . بل يفتتح في إثباتها جميع أبواب الإثبات ، وبخاصة باب المعاينة فهو من أرحب الأبواب لوقوف عليها<sup>(٢)</sup> .

### ١٨٣ - أنواع الوقائع المادية : والوقائع للمدعية التي تحدث آثاراً قانونية كثيرة متنوعة .

(١) وضع القانون نظاماً عاماً لإثبات المواليد والوفيات بفتحها في سجلات خاصة يجرى الحصول على مستخرجاتها منها ( القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ ) . وكذلك نصت لائحة المحاكم الشرعية على طرق معينة تلتزم بها القرواة والقرواة أمام تلك المحاكم (م ٣٥٥ - ٣٦١) . وقد نصت محكمة الاستئناف المختصة بأنه لا يمكن إثبات القرواة إلا بمستخرج من سجل الوفيات (١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ص ٢٧٢) . ونصت المادة ٣٠ من القانونين المذكورين على أنه ١٥ - ثبتت القرواة والقرواة بالسجلات الرسمية للمدة لذلك . ٢ - فإذا لم يوجد هذا السجل ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى . (٢) استئناف ضبط ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣ (عشرات أميت هي السبب في الالتزام) - ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٩ - ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٨ ص ٢٢٤ - ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ م ٥٩ ص ١٩٨ - والمعاينة لها صور مختلفة ، فقد تكون ثابتة في محضر انتقال المحكمة للمدعية ، أو في تقرير الكبير الذي انتهى المحكمة في دعوى إثبات الحالة ، أو في محضر تحقيق جنائي أو إداري ، أو غير ذلك .

منها ما يكون مصدرًا للالتزام ، كالعمل غير المشروع<sup>(١)</sup> ، والبناء والغراس في الإثراء على حساب الغير ، والقيام بأعمال مادية في القفالة ، والجوار والقرابة في الالتزامات القانونية .

ومنما ما يكون سببًا لكسب الحقوق العينية ، كملوث والميلاد في الميراث ( وهذا نراعى في إثباتهما أوضاع خاصة كما قمنا ) ، والحيازة ، والاستيلاء ، والبناء والغراس في الانتصاف ، ومضى الزمن في التقادم ، والجوار في الشفعة .  
ومنما ما يحدث آثارًا قانونية أخرى ، كانتزاع الحيازة في قطع التقادم ، واستعمال حقوق الارتفاق بعد تركها ، وتنفيذ الالتزامات عن طريق أعمال مادية<sup>(٢)</sup> ، والملم بالإحصار أو بالسفه<sup>(٣)</sup> أو بالصوب الخفية أو بالبيع في

- (١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختصة بأن احتلاس الورثة بعض أعيان تتركه يثبت لجميع الطرق (١٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٠٠) . وقضت أيضًا بأنه يمكن إثبات العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب بجميع الطرق (٤ فبراير سنة ١٩٩٢ م ٤ ص ١٦٥ - ٥ يناير سنة ١٩٩٢ م ٥ ص ١٦١ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٩٦ م ٥٩ ص ٣٧) .  
(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختصة بأنه يجوز إثبات التصرف القانوني بالفرائض إذا كان له بعبء في تنليه بصل مادي ، وذلك دون نظرية ما تم من أعمال التنفيذ المادية ( ١٠ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٨ ) - وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن البدء في التنفيذ إذا كان ماديًا ، كالبدء في البناء ، جاز إثباته بجميع الطرق ، وإن كان تصرفًا قانونيًا كالوفاء فلا يثبت بالهيئة إذا زاد على عشرة جنيهات ( ٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٨ ص ٣٤ ) .  
ويقرب من ذلك أن يكون مظهر التصبر عن الإرادة ، لا عملاً تنليزيًا ماديًا ، بل وضماً ماديًا يستخلص منه الرضاء . ويبدو أنه يجب التمييز ، في هذا الوضع المادي ، بين التصبر عن الإرادة في ذاته ويكتفى فيه الوضع المادي ، وبين إثبات هذا التصبر ولا يجوز إلا بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف على عشرة جنيهات ( قانون الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٩٥ - ٣٩٦ والأستاذ عبد النعم فرج للصفحة في الإثبات وفترة ١٧٠ وفترة ١٩٠ ) .  
فالقصة خلافه لا يجوز إثباته إلا بالكتابة فيما جاوز النصاب ( استئناف مخطط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ م ١٨ ص ٥٦ ) ، حتى لو استعملت القصة فستأمن أعمال مادية تدل عليها ، ما لم تكن هذه الأعمال المادية هي تنفيذ فعل لقصة ( قانون محكمة الاستئناف المختصة في ١٠ يونيو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٤٦ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢١ ) - وانظر أيضًا للجمعية العلمية للإيجار ، إذ البقاء في العين المزجرة يعتبر عملاً ماديًا تنليزيًا للإيجار الجديد .  
(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن قلم بقيام حالة السفه والإفهام على الحصول مع السلف وقت قيامها للاستفادة منها والفرقة في المروء من أحكام القانون ، كل هؤلاء من القرواع التي يمسح إثباتها بكتابة الطرق القانونية ومنها الهيئة والقرائن ( ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢٤٤ ص ٤٦١ ) .

الشفعة<sup>(١)</sup> أو بغير ذلك من الوقائع<sup>(٢)</sup> ، والتواطؤ ، والنلط والتفليس<sup>(٣)</sup> والإكراه والاستغلال ، والعرف إذا كان ملحوظا في العقد .

فالقاعدة العامة في هذه الوقائع للمادية ، التي أوردنا بعض أمثلة منها ، أنه يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ومنها البيئة والقرائن . فبيئة والقرائن إذن ، في ميدان الوقائع للمادية ، قوة مطلقة في الإثبات ، تستوي في ذلك مع الكتابة ، بل قد تزيد عليها من ناحية الحاجة إليها .

١٨٤ - وقائع مادية تستوجب النظر : وهناك حالات للوقائع للمادية تحتاج إلى إيمان في النظر .

لهناك وقائع مختلطة (facts mixtes) ، يقوم فيها العمل المادي إلى جانب التصرف القانوني ، وذلك كالوفاء والإقرار ، فهذه حكمها في الإثبات حكم التصرفات القانونية ، لا تثبت فيها زاد على النصاب إلا بالكتابة . أما الاستيلاء

(١) استئناف غلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٢ - ٥ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٧٤ .

(٢) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن يجوز إثبات واقعة انتفاع الاختراع بكتابة الطرق القانونية لأنها من الوقائع المادية ، والأدوات المطبوعة والكتالوجات يجوز أن يستعمل فيها للقرائن التي تشير إلى انتفاع الاختراع (١٥ يناير سنة ١٩٣٥ الحامدة ١٥ رقم ٢/٢٢٩ ص ٣٩٦) .

(٣) ويجوز إثبات التفليس بجميع الطرق حتى فيما بين المتعاقدين (نفس مدق ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٢ ص ٧٠٨ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٢ ص ١٩٩ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٤ ص ٢٠٠ - استئناف غلط ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٢ - ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٦ ص ٦٤ - ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٨ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩ - محكمة أسيوط الكلية ١٢ يردية سنة ١٩٣٧ الحامدة ١٨ رقم ١٣٢ ص ٢٦١) - وما يدخل في إثبات التفليس إثبات القوائد الربوية ، فيجوز إثباتها بجميع الطرق بشرط أن تكون هناك قرائن قوية على وجودها (استئناف أهل ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ١٩ - استئناف غلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٩٧ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٢٧ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٤٨ - أول فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١١١ - ٨ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٠٨ - ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٢ - ١٢ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٢ ص ٢٠٧ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٦٩ - ٢٥ مايو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٢٣٨) .

قائمة غنطلة ، ولكن يغلب فيها طابع العمل المادى ، ومن ثم تثبت بالية والقرائن .

وهناك وقائع مركبة (faits complexes) ، كالثغفة . وهذه تجتمع فيها جملة من الوقائع : الجوار وهو واقعة مادية تثبت بجميع الطرق ، وبيع العين للشئوع فيها وهو بالنسبة إلى الشئع واقعة مادية أيضاً تثبت بجميع الطرق ، ولإرادة الأخذ بالثغفة وهذا تصرف قانونى لا يثبت إلا بالكتابة بل لا بد من طريق خاص في التعبير عن الإرادة هنا بينه القانون .

والحيازة واقعة مادية (١) ، ولكن قد يداخلها تصرف قانونى . فإذا أراد المالك أن يثبت أن الحيازات العين هو مستأجر منه ، وجب عليه أن يثبت عقد الإيجار بالكتابة إذا زاد على التصاب . أما إذا أراد إثبات أن الحيازات لا يقوم بأعمال الحيازة لحسابه الشخصى بل باعتباره مستأجراً فلا يستطيع التملك بالتضام ، كان كل من الحيازة والإيجار واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وضع اليد واقعة مادية البيرة له بما يثبت قيامه لئلا . فإذا كان الواقع يضاف ما هو ثابت من الأوراق ، فيجب الأخذ بهذا الواقع والمراح ما هو غير حاصل . ولأن فلا على المحكمة إذا هي أحالت دعوى منع التعرض على التحقيق ، وكلفت للمضى فيها إثبات وضع اليد على يتركه عليه خصمه ، ولو كان يده محضر تسليم رسمى في تاريخ سابق (نقض مدنى ١٥ يونية سنة ١٩٥٠ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٢ من ١١١) — وقضت أيضاً بأنه لما كان وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ، وكان لقانون لا يفترط مصدراً معيناً يستقضى منه القاضى الدليل ، فإنه لا حرج على المحكمة إذا هي أثبتت تصادق في هذا الخصوص على ما استخلصته من أوراق أو مستندات قبله أو حتى من أقوال وروعت في شكوى إدارية (نقض مدنى ١٩ فبراير سنة ١٩٥٢ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٢ من ٥٠٠) . وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن تملك حق لرقاق سحر ظاهر بالتضام يجوز إثباته بجميع الطرق (١٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ١٢ من ٥٠٠) ، وقضت أيضاً بأن البتة في ضمن المقررة لو إعتصما واقعة مادية تثبت بجميع الطرق (٢٢ أبريل سنة ١٩٦٩ م ٢٤٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن إذا كانت المحكمة يسهل أن تلت صفه للظهور من وضع يد للمضى ، ويعد أن قررت أن شهده لم يثبت صفه وضع يد ، فكيفت بذلك حيزه من إثبات ظهوره نظير المالك ، قد اضطرتت فكانت إن للمضى عليه يقول إن المضى إنما وضع يده يسهله سطره وإن ظروف الدعوى وملازماتها وأوراقها كل على صفه قوله ، فذلك من المحكمة ليس سكا بقيام هذه الإيجار بين طرفى الدعوى حتى كان يصح للمضى عليها أنها عاقدت فيه قواعد الإثبات —



والغير في التصرف القانوني يجوز له إثبات هذا التصرف بجميع الطرق لأنه ليس طرفاً فيه ، فهو بالنسبة إليه واقعة مادية<sup>(١)</sup> . وحتى فيما بين المتعاقدين قد يقع ليس فيما إذا كان المطلوب إثباته تصرفاً قانونياً فلا يثبت إلا بالكتابة ، أو واقعة مادية تثبت بجميع الطرق<sup>(٢)</sup> .

== حقه الإيجار ، بل هو استكمال لما سلكه نفا لما ادعاء المصنف من أنه في وضع يده على المنزل كان ظهراً يظهر المالك (نقض مدني ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٤٠ ص ٢٠٣) . ولكن إذا أريد إثبات الحيازة قانوناً من طريق تصرفات قانونية لا من طريق أعمال مادية ، كما إذا تمسك المصنف لإثبات حيازته بصفة مقايضة وقع على الأرض المتنازع عليها ، فإنه لا يجوز إثبات حقه بالمقايضة إلا بالكتابة (استئناف غسط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٩) . انظر في هذه المسألة أوبري ورد ١٧ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٢ والمجلس رقم ٩ — جلد ٨ فقرة ٢٨٠ — لژرمان ١٩ فقرة ٤٢٢ — ديولوب ٢٠ فقرة ٢٠ — بومدي وبارد ٣ فقرة ٢٥٢١ .

(١) وفي رأينا أن حقه المقايضة ليست تطبيقاً للقاعدة التي تنص بأنه يجوز إثبات جميع الطرق مع قيام مانع من الحصول على الكتابة . فالمانع من الحصول على الكتابة التي يورد الإثبات بعضها يجب أن يكون كما سنرى مانعاً ذاتياً ، أي في نفسه بلهائها ، لا مانعاً موضوعياً مانعاً يصطف في جميع الأنظمة . وهنا المانع موضوعي عام لا ذاتي خاص ، إذ أن كل شيء ليس طرفاً في العقد يصدر عليه الحصول على دليل كتابي . ومن ثم تكون هذه القاعدة مستقلة من قاعدة قيام المانع ، وتنص أن الغير يجوز له إثبات التصرف القانوني بجميع الطرق إذا كان هذا التصرف يصير بالنسبة إليه واقعة مادية (قانون استئناف غسط ٢٢ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٨٦ — ١٦ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٧ — ٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٦) . ويرتب على ذلك أن يجوز قسطنطين — ويصح لقسطنطين المطروح فيه يصير بالنسبة إليه واقعة مادية — أن يثبت بالهيئة أن المثلث القواعد في هذا العقد أصل من المثلث الحقيقي بقصد منه من استعمال حقه في الأخط بالقسمة ، وللمسكة أن تنفي عليه ببلغ المثلث الذي ثبت من شهادة الشهود ومن نظيره الأخير أنه هو المثلث الحقيقي (استئناف أصل ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٩ بمجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٧) . ويرتب على ذلك أيضاً أن المتعاقب في الافتراض لمصلحة الغير — وهذه الافتراض يصير بالنسبة إليه تصرفاً قانونياً لا واقعة مادية — لا يجوز له أن يثبت هذا العقد إذا زادت عليه على طرفة جهات إلا بالكتابة . وكذلك يشمل المثلث إذا كان للمعين قد ألزم نحوه بإرادته المظفرة ، لأن هذه الإرادة تجبر تصرفاً قانونياً بالنسبة إلى المثلث ، ويمكن بيان ذلك .

(٢) وحل القاضي أن يبين ما إذا كان المطلوب إثباته تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية ، ثم يمرر به ذلك حكم القانون . وقد قلعت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الابتدائي قد نص بإلزام المصنف عليه ببلغ حين حل أنه من ضمانة ، شيئاً هذا القضاء على ثبوت حصول اتفاق شعوري بين المصنف والمصنف عليه لا حول العقد المكتوب بينهما في شأن توريد حقه بالضمانة ، وأن المصنف عليه قد تخلف من تسليمها يرمم موته إلى ذلك بإظهار وجهه إليه المصنف ، ثم جعلت محكمة

وفي الإخلال بالالتزام عقدى ، يجوز إثبات العمل المادى الذى كونه واقعة

« الاستئناف فاستظهرت من صحيفة الدعوى وأدواتها ودفاع طرفيها أنها مؤسسة على هذا الاتفاق المسمى لا على العقد المكتوب بين طرفيها ، وقضت برفضها بناء على أن المدعى قد حيز من إثبات حصول هذا الاتفاق ، فإنها لا تكون قد أعطت . ولا يقبل من المدعى أن ينسحب عليها أنها قد سفت دعواه إذ أصبحت مؤسسة على الاتفاق المذكور في حين أنها دعوى بتوقيض من عدم تنفيذ العقد المكتوب ، ما دام المبلغ الذى طلبه إنما كان بناء على الاتفاق الخاص الذى زعم أنه تم بينه وبين المدعى عليه بعد العقد المكتوب بينهما ، لا على أساس هذا العقد (نفس مدعى ١٩ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة محر ٥ رقم ١٣٧ ص ٢٩٨) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن ما يظنه موثق ما لو رثته ما كان في حيازته مادياً من مقدار لم يتناول أو نقد ، وكذلك استلزام وارث ما على شيء من مال التركة ، طاراً كان أو متقولاً أو نقداً — كل ذلك من دليل القرائن التى لا تسيل لإثباتها إلا بالبينة . وإنما قلنا بطلب فيه الدليل الكتابى هو السبل القانونى للتصديق الذى يبرأ أن يكون حجة على شخص ليس عليه أو على من هو مسئول قانوناً عنهم دليل قانونى يندل عليه . ولذا فلا يصح الحكم فى الحكم بمقتضى إنه أعطى في قبول شهادة الشهود على وجود المبلغ المقرره ونقصه مع أنه ليس في الدعوى دليل يفيد أن المورث ترك ما لا نقداً أو يفيد أن المبلغ المقرره عن هذا المورث هو كذا غير إقرار الطاعن نفسه (نفس مدعى ٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة محر ١ رقم ٢٩٧ ص ٧٩٢) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كان من أدلة تزوير العقد أن المنسوب إليها صفوره منها كانت قد تصرفت في بعض الأعيان التى وردت في العقد ، فإنه يجوز إثبات هذا التصرف بالبينة والقرائن مهما كانت لهية ، لأنه يعتبر من بالنسبة إلى أدلة التزوير — واقعة مادية (نفس مدعى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة محر ٤ رقم ١٥ ص ٢٦) .

وقضت أيضاً بأن القانون لم يحرم على المحكمة إثبات صحة التمس الموعود به على القوطة بشهادة الشهود ، وإنما هو حرم عليها إثبات المناقشة المتصلة بها القوطة بهذه الوسيلة . فمن حق المحكمة أن تستخرج صحة التمس في ذاته متى ثبت لديها أن صاحبه قد وقع به القوطة الموعود فيها بشخصه ( نفس مدعى ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة محر ٤ رقم ٢١٩ ص ٥٨٤ ) . ولكن توقيع صاحب التمس بنفسه على القوطة ينطوى على تصرف قانونى يثبت بالكتابة (نفس مدعى ١٨ يولي سنة ١٩٠٦ سببه ١٩٠٦-١-١٨٨ - يردى وبازد ٤ بقرة ٢٥٢٢ ص ٢١٩) .

وقضت أيضاً بأنه إذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشتغلين بملكية بعض الأعيان المشتركة مغررة ، وبذلك سبها على أن كلا منهم قد استغل بوضع به ، على جزء معين من الملك الشائع حتى تمكنه بعض المدة ، مستدلة على ذلك بالبينة والقرائن ، فهذا الحكم لا يخبر مؤسباً على التصديق بوضع ملك على ملك بين الشركاء ، ولذلك لا يصح قسنى عليه أنه قد خالف القانون إذ هو لم يستند إلى دليل كتابى على القسمة (نفس مدعى ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة محر ٥ رقم ٥٩ ص ١٤٧) .

الإخلال بجميع الطرق لأنه واقعة مادية<sup>(١)</sup> . أما العقد الذى أعلن به فهو تصرف قانونى ، لا يجوز إثباته فيما زاد على التصاب إلا بالكتابة .

وقى التبديد وغيره من الجرائم التى تستند إلى عقود مفسدة ، لا يجوز إثبات هذه العقود فيما زاد على التصاب إلا بالكتابة . ومن ثم نرى أن الإخلال بالتصرف القانونى قد يكون واقعة مادية ، وأن الجريمة قد تنطوى على تصرف قانونى<sup>(٢)</sup> .

٥- رفضت أيضاً بأن الدعوى المرفوعة على سيد وعادته بطلب الحكم عليها مضافتين بمحرمين من سرقة الخادم على استودعت اليه هي دعويان : دعوى الجريمة المنسوبة إلى الخادم وإثباتها جائز بكل طرق الإثبات إذ هي واقعة مادية وغير متوقفة على مقد الرديئة ، ودعوى موجهة إلى السيد بمسؤولية عن الخادم إذ هو تابع له وعده ليس مطلوباً فيها إثبات مقد الرديئة على السيد ، ومن ثم يجوز إثبات صحتهات الفعلية بالبيئة والقرائن (نقض مدني أول مايو سنة ١٩٤٧ بحسوة عمر ٥ دقم ١٩٨ ص ٤٢٢) .

أما الرصد بالزواج (promesse de mariage) فرأى يلحق فيه إلى أنه واقعة مغلطة يتكبر فيها الفصل المادي بالصرف القانونى . ورأى آخر يلحق إلى أنه لما كان الرصد بالزواج غير مظهر فهو لا يحد أن يكون واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق (انظر في هذه المسألة *Juris-constantin* ١٥١ - م ١٣٤١ - ١٣٤٤ لفرقة ٢٦ - لفرقة ٤٢) .

(١) لفريرى ورد ١٢ لفرقة ٧٦٢ ص ٢١٢ - ص ٢١٤ - ديمولوب ٣٠ لفرقة ١٧ - لفريرى ١٩ لفرقة ٤٢٣ - حيك ٨ لفرقة ٤٨٠ - بودرى وبارد ٤ لفرقة ٢٥٢١ - كذلك يمكن إثبات مدعى الضرر الذى ترتب على الإخلال بالالتزام بجميع الطرق لأنه واقعة مادية . وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن إثبات الأشياء المضافة وتقسيمها في حادث مئة جديدة جائز بجميع الطرق (١١ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الدليل لا ارتباط له بالمسؤولية في حد ذاتها ، وإنما يسلط بطلت الأمر المطلوب إثباته . فقد تكون المسؤولية تعاقبية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالبيئة والقرائن في حالة التعهد بعدم فعل فيه اعتناء يرغب التعهد له إثبات مخالفة التعهد لتعهد ، وقد تكون المسؤولية جنائية أو تعسفية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالكتابة حتى بالنسبة لعدد المرتبط بها إذا كانت قيمة تزيد على ألف قرش في غير المواد التجسارية والأحوال الأخرى المستثناة كما هي الحال في جريمة عيانة الأمانة (نقض مدني ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ بحسوة عمر ٢ دقم ٣٤ ص ٧٥) . انظر أيضاً : استئناف أول مارس سنة ١٩٠٠ بحسوة الرسمية ٢ دقم ٤٧ - استئناف مخطوط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٠ .

وقد قضت محكمة النقض (الهيئة الجنائية) بأن المحاكم وهي تفصل في الدعوى الجنائية لا تعيد بطرح الإثبات الواردة في القانون المدني إلا إذا كان نصاً لا في الواقعة الجنائية يعترف على وجوب الفصل في مسألة مدنية تكوّن حصراً من عناصر الجريمة المطلوب منها الفصل فيها . فلذا =

وقطع التقادم إذا تم بواقعة مادية ، كالعودة إلى استعمال حق الارتفاق ،  
ثبت بجميع الطرق . وإذا تم بتصرف قانوني ، كالاكتشاف بحق الارتفاق  
أو دفع الثوائد والأقساط ، فلا يجوز الإثبات فيها زاد على النصاب إلا  
بالكتابة<sup>(١)</sup> .

والشركة الفعلية (société de fait) واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع  
الطرق<sup>(٢)</sup> .

ودفع غير المستحق تصرف قانوني يجب إثباته بالكتابة فيها زاد على  
النصاب<sup>(٣)</sup> .

وأعمال القضاة بالنسبة إلى رب العمل وقائع مادية يجوز لها إثباتها بجميع  
الطرق ، حتى لو كان من بين هذه الأعمال تصرف قانوني قام به القسول .  
ولا يجوز إثبات هذا التصرف القانوني ، فيها بين الفصول ومن تعاقده معه ،  
إلا بالكتابة فيها زاد على النصاب<sup>(٤)</sup> .

---

٢٧ من تاريخ سنة ١٩٤١ المجلد ٢١ رقم ٣٦٢ ص ٧٥٩ .  
١) لوربري دور ١٢ فترة ٧٦٢ ص ٣١٤ وحاشي رقم ١١ وحاشي رقم ١٢ .  
٢) استئناف غسطن ١٤ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٩٧ .  
٣) فإذا أعدم المدين الذي ليس به المستحق من الدين وهو حسن قلبه ، علمن دفع غير  
المستحق أن يرجع على المدين الحقيقي بدعوى الإبراء (م ١٨٤ مدق) وفي هذه الحالة يصير التقيد  
فئة المدين الحقيقي بالدين واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق (الاستاذ عبد المنعم فرج لعدة  
فترة ١٩٢ ص ٢٣٩) .  
٤) انظر الجزء الأول من هذا الوسيط فترة ٨٦١ - فترة ٨٦٢ .

## المبحث الثاني

### التصرفات القانونية التجارية

١٨٥ - جواز الإثبات بالبيئة وبالقرائن في التصرفات القانونية

التجارية : رأينا أن المادة ٤٠٠ من التقنين المدني تستثنى المواد التجارية من وجوب الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف على عشرة جنيهات . فالتصرف القانوني التجاري إذن يجوز إثباته بالبيئة وبالقرائن ، حتى لو كانت قيمته تزيد على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة .

وقد كانت المادة ٢٩٩/٢٣٤ من التقنين المدني السابق تنص على هذا الحكم فقول : « عقود البيع والشراء وغيرها من العقود في المواد التجارية يجوز إثباتها ، بالنسبة للمتاعدين وغيرهم ، بكافة طرق الثبوت ، بما فيها الإثبات بالبيئة وبالقرائن الأحوال » . واكتفى التقنين المدني الجديد باستبعاد المواد التجارية في المادة ٤٠٠ من وجوب الإثبات بالكتابة على النحو الذي قدمناه ، فلم يورد نصاً يقابل المادة ٢٩٩/٢٣٤ من التقنين المدني السابق تجنباً للتكرار .

والسبب في إباحة الإثبات بالبيئة وبالقرائن في المسائل التجارية ، أياً كانت قيمة التصرف القانوني ، هو ما يقتضيه التعامل التجاري من السرعة وما يستلزمه من البساطة . وما يستغرقه من وقت قصير في تنفيذه<sup>(١)</sup> . على أن هنالك من المسائل التجارية ما لا يستقيم إلا بالكتابة . مثل فلك الأوراق التجارية ، لم يقتصر القانون فيها على اشتراط الكتابة ، بل اشترط في الكتابة أن تستوفى شروطاً معينة . كذلك فعل في المسائل التجارية التي تستغرق وقتاً طويلاً وتتعلو على أهمية خاصة ، كما هو الأمر في عقود الشركات التجارية ( م ٤٠ - ٤٦ تجاري ) ، وفي عقود بيع السفن ( م ٣ بحري ) ، وفي إيجارها ( م ٩٠ بحري ) ، وفي التأمين عليها أو على البضائع ( م ١٧٤ بحري ) ، وفي القروض البحرية ( م ١٥٠ بحري ) .

(١) أما المسائل المدنية فتستغرق عادة وقتاً طويلاً في التنفيذ ، ومن ثم المنابة إلى الكتابة (ميدان وهو ٢ ،قرة ١٢٦٩) .

حل أن الإثبات بالينة وبالقرائن في المسائل التجارية أمر جوازى تقاضى ، كما هو شأن الإثبات بالينة وبالقرائن في أية مسألة أخرى . فقد رأينا أن التقاضى يقدر ما إذا كان الإثبات بالينة وبالقرائن مستساغاً ، ثم يقدر بعد ذلك ما إذا كانت الينة أو القرائن المقدمة للإثبات كافية لإقناعه بصحة الواقعة المراد إثباتها أو غير كافية . فله إذن في المسائل التجارية أن يرفض الإثبات بالينة وبالقرائن إذا رأى أن الإثبات بهما غير مستساغ . وله أن يقدر أن هذا الإثبات لا بد من تعزيزه بالكتابة ، وبخاصة بما هو مدون في الدفاتر التجارية ، لاسيما إذا كانت التصرفات المراد إثباتها ذات قيمة كبيرة أو كانت مما يصعب ضبطه بغير الكتابة . وله سلطة واسعة في تقدير ما إذا كانت الينة أو القرائن المقدمة للإثبات كافية لإقناعه بصحة الواقعة المدعى بها<sup>(١)</sup> . ويجوز لأصحاب الشأن ، على كل حال ، أن يضغطوا على أن يكون الإثبات فيها بينهم في المسائل التجارية بالكتابة ، فتكون الكتابة عندئذ واجبة لأن زيادة الإثبات بالينة وبالقرائن في التصرفات التجارية أبست قاعدة من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، وسنعود إلى هذه المسألة .

(١) وله نصت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز للمحكمة رفض الإثبات بالينة في دعوى تجارية تزيد قيمتها على عشرة جنيهات (استئناف أصل ٢١ فبراير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٥١) — وقضت محكمة الزقازيق الوطنية بأن زيادة الإثبات بجميع الطرق في المسائل التجارية أمر جوازى ، ولا يقبل إلا إذا أدل بوقائع من شأنها الدليل على احتمال النفاذ منه بمسئولى (٢ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤١٩ ص ٦٦٨) — وقضت محكمة الاستئناف القطرية أمان زيادة الإثبات بجميع الطرق في المسائل التجارية أمر جوازى (استئناف سطط ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ م ص ٣٦٠ — ٥ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ص ١٧ — ٨ مارس سنة ١٩١٧ م ص ٢٩ رقم ٢٨٤) ، وبأنه يجب وجود قرائن قوية لإثبات الوقائع التجارية بالينة حتى في المسائل التجارية (استئناف قطط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ص ١٤ ص ٣٤) . وقضت محكمة النقض بأنه إذا لم تأت المحكمة في نزاع بين تاجر ومصلحة اقترايب بالبيانات الواردة في دفتاره ، محجة بأنه لم يثبت فيها جميع مشروعاته ، لأنها بذلك لا تكون قد عاينت القانون بتتبع إثبات العقود التجارية بالكتابة ، ولا يصح من الممول طعه في الحكم محجاً بالمادتين ٢١٥ و ٢٣٤ من القانون المدنى (م ٤٠٠ فقرة ١ جديد) التي تميزان إثبات العقود التجارية بجميع الطرق القانونية ، سواء بالنسبة إلى المصالحين أو غيرهم ، فإن على الاحتجاج بها أن يكون التاجر قد طلب إلى المحكمة التزميم له في أن يثبت بالينة صحة البيانات الواردة ببطره فقضت بعدم جواز هذا الإثبات (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة حر ٥ رقم ٣٥٢ ص ٦٨٤) . وانظر في هذه المسألة بوهدى وبلود ٤ فقرة ٢٥٧٩ .

## ١٨٦ - العبرة بنوع التعامل وصفه المقصود به بالحكمة المختصة

والقانون التجارى هو الذى يبين متى يعتبر التصرف القانونى تجارياً ، فيجوز إثباته بالينة أو بالقرائن أياً كانت قيمته (١).

وقد يقع التصرف القانونى بين شخصين ويعتبر بالنسبة إلى كل منهما تصرفاً مدنياً ، كالتزاع بيع جزءاً من محصوله إلى المستهلك . فالإثبات هنا لا يجوز أن يكون بالينة أو بالقرائن إلا فيما لا يجاوز النصاب .

وقد يقع التصرف بين شخصين ويعتبر بالنسبة إلى كل منهما تصرفاً تجارياً ، كصاحب المصنع يبيع سلعته من التاجر . فالإثبات يجوز أن يكون هنا بالينة أو بالقرائن ، أياً كانت قيمة التصرف .

وقد يقع التصرف بين شخصين فيكون بالنسبة إلى أحدهما تصرفاً مدنياً وبالنسبة إلى الآخر تصرفاً تجارياً ، كالتزاع بيع محصوله من التاجر ، والمستهلك يشتري من تاجر التجزئة ، وكعقد النشر بين المؤلف والناسخ ، وكعقد النقل بين المسافر أو صاحب البضاعة وأمين النقل ، وعمليات المصارف بين العميل والمصرف . وهذا ما يسمى بالتصرف المخطط . فى هذه الحالة تسرى القواعد المدنية فى الإثبات على من كان التصرف مدنياً بالنسبة إليه ، فلا يجوز بالينة أو بالقرائن إثبات تسليم الثمن إلى المزارع ولا تسليم السلعة إلى من اشترى من تاجر التجزئة ولا تسليم الأرباح إلى المؤلف ولا تسليم البضاعة إلى صاحبها من أمين النقل ولا العمليات المصرفية ضد العميل إلا فيما لا يجاوز النصاب . وتسرى القواعد التجارية فى الإثبات على من كان التصرف تجارياً بالنسبة إليه ، فيمكن إثبات تسليم المحصول للتاجر ، وتسليم الثمن لتاجر التجزئة ، ومقدار أرباح المؤلف ضد الناسخ ، وتسليم البضاعة لأمين النقل ، والعمليات المصرفية ضد المصرف ، بالينة أو بالقرائن ، أياً كانت قيمة الالتزام (٢).

(١) الاستاذ حسن خليل فى القانون التجارى المصرى لقرنة ١٥٢ - قرنة ١٥٨ .

(٢) لوبرى ورد ١٢ قرنة ٧٦٣ ص ٢٤١ - الموجز للمؤلف ص ٧٠٨ - انظر مع ذلك برونيل وريجر وجاهود وتعليق على القانون الفرنسى ٧ قرنة ١٥١٩ ص ١٧٤ - وقد =

## والعبرة بنوع التعامل لا بالهككة المختصة . فقد يطرح نزاع تجارى أمام هككة

وقد قضت هككة الاستئناف الوطنية بأنه إذا كان المسمى عليه تاجر ، فالتقادم التجارية تتبع في دعواه ، خصوصاً فيما يتعلق بقبول الإثبات بالهيئة (استئناف أبل ١٢ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧٢) . وقضت هككة الاستئنافية الوطنية بأنه إذا كان القيد مدنياً بالنسبة إلى أحد المتعاملين وتجارياً بالنسبة إلى ثانيهما ، جاز للأول أن يثبت برأيه من المدعى بطرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية ( ١١ أبريل سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٧٨ ) . وقضت هككة الاستئناف الوطنية بأنه إذا كانت المصلحة تجارية لأحد المتعاملين ومدنية بالنسبة إلى الآخر ، فلا يجوز الإثبات في حق الآخر إلا طبقاً لأحكام القانون المدنى ، فلا يقبل الإثبات بالهيئة إذا زادت قيمة المسمى به على ألف قرش . فلذا ادعى تاجر شراء قطن رجل من لدى المالك ، وعقد دليلاً على دعواه ، علم القطنى ، الذى يبين وزن القطن المبيع ، فإن هذه القوطة لا تصلح مبدأً لثبوت بالمكتوبة على البائع لأنها ليست صادرة منه ، ومن ثم ترفض دعوى التاجر ( استئناف مصر ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٥٤ ص ١٧٩ — أنظر أيضاً استئناف مصر ٢٧ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ٦ ص ١٨ ) .

وصلة التاجر أمر يضح إلباك بالهيئة لأنه واقعة مادية (طعنا ٢٥ برلية سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٤٢ / ٢) . ويجوز مدنياً التزام التوكيل بالوصول إذ لم يعلن اسم موكله ( استئناف مخطوط ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٨٠ ) . ولا يجوز طلب الإحالة على التحقيق لإثبات وصلة المسافر في الصلقة إذا كانت المصلحة بالنسبة إلى المدعى عليه بالأجر مدنياً ويزيد فيها المبلغ المطرود إلباك على تصليب الجواز إلباك بالهيئة ( استئناف مصر ٦ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٧٠ ص ٣٨٦ — انظر أيضاً في هذا المسمى هككة السليلاوين ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٤٢ ص ٥٩٥ ) وانظر عكس ذلك هككة الاستئنافية الوطنية ٢ أبريل سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١١٦ فقد قضت بأن أعمال السيرة تجبر في نظر القانون أصلاً تجارياً ، سواء كان القائم بها مختصاً بالسيرة أولاً ، وسواء كان يقرض منها إيراد حقه تجارياً أو مدنياً ، وعلى ذلك يجوز لمن كان وسطياً في حقه بيع وليست لديه كتابة صريحة لحقه في السيرة أن يلجأ إلى الإثبات بالهيئة ولو تجاوزت السيرة عشرة جنيهات ) .

وقضت هككة الاستئناف المخططة — بأن إثبات الالتزام المدنى يكون بالمكتوبة ، حتى لو كان هذا الالتزام مرتبطاً بالتزام تجارى ، فإن هذا الارتباط لا يرفع عن كل من المتصلين صفاتها المدنية ، ولا يستوجب استثناء من أحكام القانون للصلقة بطرق الإثبات ( استئناف مخطوط ٢ برلية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٢ ) .

وقضت هككة النقض بأنه متى كان طرف النزاع تاجرين ، فلا جناح على الهككة إن من أحاطت بحصرى على التحقيق لثبوت المسمى مدنى بيع من إلب المسمى عليه وقيمة الأعيان المبيعة ، لأن الإثبات في المواد التجارية جاز بكافة طرق الإثبات . وقد أجبر القانون التجارى في القطرة الثالثة من المادة الثانية من هذا التجارى جميع العقود والمصنفات الخاضعة بين التجارى والتجوىن والبائسة والمصارف ما لم تكن العقود والمصنفات المذكورة مدنية بحسب نوعها أو بناء على نص صريح . ولا يخرج تصرف التاجر من هذا الاستثناء إنكاره لصرف لم ادماره ، ولا يصح في —



مدنية ، فتنتج قواعد الإثبات التجارية . وقد يطرح راع مدني أمام محكمة تجارية ، فتنتج قواعد الإثبات المدنية (١) .

## ١٨٧ - جميع المسائل التجارية يجوز إثباتها بالينة وبالقرائن ،

حتى فيما يخالف الكتابة أو مجاوزها : ومن ثبوت لتصرف الصفة التجارية على الوجه الذي قلناه ، جاز إثباته ، كما سبق القول ، بالينة وبالقرائن ، أياً كانت قيمة التصرف ، حتى لو كان الأمر يتعلق بجريمة تنطوي على عقد مدني كجريمة التلبيد ، فيجوز إثبات عقد الوديعة مثلاً بجميع الطرق أياً كانت قيمة الشيء المودع (٢) .

ومن باب أولى يجوز إثبات الوقائع للمادية في المسائل التجارية بجميع طرق الإثبات . مثل ذلك أن يصاب عامل في مصنع ، فلهذا العامل أن يثبت مسئولية صاحب المصنع بجميع الطرق .

بل يجوز أيضاً ، إذا كان التصرف القانوني التجاري ثابتاً بالكتابة ، إثبات ما يخالف الكتابة أو مجاوزها بالينة وبالقرائن (٣) . وسنعود إلى هذه المسألة في موضع آخر .

— البشاعة المدعي بشرائها ، إذ ليس من شأن هذا الادعاء لو صح أن يسلل لتصرف مدنياً (نقش مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقش ٥ رقم ١٨ من ٤٥٨) .

(١) أوربي ورد ١٢ فقرة ٧٦٣ مكررة من ٢٤٠ - من ٢٤١ وهامش رقم ٦ مكرر - الموجز للولف من ٧٠٩ - وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه إذا كان لنزاع من اختصاص المحاكم التجارية وكان الالتزام غير تجاري من جانب المدعي ، فلا يجوز الإثبات بهذه بالينة والقرائن (استئناف مخطط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٥ م ١٨ من ٤٦ - انظر أيضاً : استئناف مخطط ١١ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٢٨ من ٢٤٢ - ١٨ يولية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ من ٢٤٧) .

وللتقاضي في الاعصاص - بالنسبة إلى التصرف القانوني المخطط - أن التصرف إذا كان تجارياً بالنسبة إلى المدعي عليه ، جاز دفع المدعي أمام المحكمة التجارية أو المحكمة المدنية . أما إذا كان للتصرف بالنسبة إلى المدعي عليه مدنياً ، فلا يجوز دفع المدعي إلا أمام المحكمة المدنية .

(٢) أوربي ورد ١٢ فقرة ٧٦٣ مكررة من ٢٢٧ - من ٢٢٨ .

(٣) فيجوز إثبات أن سبب الالتزام المكتوب صحيح ، أو أن هناك تعديلاً شفويًا أجرى فيه ، أو أنه قد انقضى ، وذلك كله بالينة أو بالقرائن ( أوربي ورد ١٢ فقرة ٧٦٣ مكررة من ٢٢٨ - من ٢٢٩ يوردي وبارد ٤ فقرة ٢٥٧٦ - ميلان ورد ٩ فقرة ١٢٧٠ - م ٢٣ (٢٣ القوس - ٢٤) )

## الفرع الثاني

### قوة الإثبات المحدودة للبيئة والقرائن

١٨٨ - القاهرة العامة والمستندات : رأينا فيما تقدم أن البيئة والقرائن قوة مطلقة في إثبات الوقائع المادية والتصرفات القانونية التجارية . وتبقى ، بعد ذلك ، التصرفات القانونية المدنية . وهذه ليس البيئة والقرائن فيها إلا قوة إثبات محدودة . وقد وضع القانون في ذلك قاعدة عامة ، ثم أورد عليها استثناءات معينة .

— لكن إذا كانت الكتابة رسمية ، ويراد إثبات ما يخالف جزئاً منها لا يجوز إنكاره إلا عن طريق الطعن بالزور ، فإنه يجب الاتجاه إلى إجراءات هذا الطعن (أريري ودود ١٢ فقرة ٧٩٣ مكررة ملحق رقم ٢) .

وقد كان القضاء المخطئ يجرى في العهد الأول حل تعميم الكتابة لإثبات ما يخالف الكتابة أو يملؤها في المسائل التجارية : استئناف مخطئ ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١١١ - ٧ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٨٠ - ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٢ - ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٥ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١١ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٥٤ - ١٥ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٢ . ثم عدل عن هذا المخطئ ، ورجع إلى المبدأ الصحيح ، فأجاز إثبات ما يخالف الكتابة أو يملؤها في المسائل التجارية بالبيئة والقرائن : استئناف مخطئ ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٥٩ - ٢ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٨١ - ٢٥ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٦٨ - ٧ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ١٣٠ .

وغير من الجان أن إثبات المواد التجارية بالبيئة والقرائن ليس فسخ جازماً فيما بين المصنفين ، بل هو أيضاً جازم بالنسبة إلى الغير . وقد نص ، تطبيقاً لذلك ، بأن هذه الإجراءات التي يتم بين تاجر السيارات وأحد عملائه ، وبمقتضاها يؤجر التاجر لتسليم سيارة تصبح ملك العميل بعد الفراق بالانقضاء ، يجوز لتاجر السيارات أن يثبتها بالبيئة في مواجهة الغير ( استئناف مخطئ ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٩ ) . أنظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢١٦ ص ٤٠٢ .

أما إذا اتفق تاجران على أن يكون الإثبات بينهما بالكتابة ، فإنه لا يجوز لأي منهما أن يثبت ما يخالف هذه الكتابة ، أو يملؤها إلا بالكتابة (أنظر الأستاذ عبد المنعم فرج الصفة في الإثبات فقرة ١٦٤ ص ٢٤٢ والأحكام التي أشار إليها) .

أما القاعدة العامة فهي ذات شقين : (أولاً) لا يجوز إثبات التصرفات القانونية المدنية ، إذا زادت قيمتها على عشرة جنهات ، إلا بالكتابة . (ثانياً) وحتى إذا كان التصرف القانوني للثقل لا يزيد قيمته على عشرة جنهات ، فإنه إذا كان ثابتاً بالكتابة ، لم يجوز إثبات ما يخالف هذه الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة . ونرى من ذلك أن هذه القاعدة العامة تضيق من نطاق الإثبات بالينة والقرائن ، وتجعل قوة هذين الطريقين في الإثبات محدودة . فلا يجوز أن تثبت بهما التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها على عشرة جنهات ، بل وتلك التي لا تزيد قيمتها على هذا القدر إذا كانت مكتوبة وبرايد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . وعلى من البيان أن هذا الميدان الذي استبعد فيه الإثبات بالينة وبالقرائن ذو نطاق واسع ، فهو يستغرق الكثرة الغالبة من التصرفات المدنية التي تكون عادة عملاً للقاضي . ومن ثم كانت الينة والقرائن ذات قوة في الإثبات جد محدودة في ميدان التصرفات القانونية المدنية .

على أن هذين الطريقين تعود لهما قوتها المطلقة في الإثبات في الاستثناء الذي أورده القانون على القاعدة العامة التي أسلفناها . وهو استثناء له أيضاً شقان : (أولاً) يجوز مع ذلك الإثبات بالينة وبالقرائن فيما زاد على عشرة جنهات أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها إذا كان هناك مبدأ يثبت بالكتابة . (ثانياً) ويجوز أيضاً الإثبات بالينة وبالقرائن فيما زاد على عشرة جنهات أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة أو من تلقيها بعد الحصول عليها . ونرى من ذلك أن الينة والقرائن ، وقد كانت قوتها محدودة في القاعدة العامة ، انطلقت في الاستثناء ، وأصبح من الجائز إثبات جميع التصرفات المدنية بهما عند وجود مبدأ يثبت بالكتابة أو عند قيام المانع (١) .

ونبحث الآن القاعدة العامة ثم الاستثناءات .

(١) والقاعدة بفتحها والاستثناء بضمها تعتبر جميعاً من مسائل القانون ، فيفتح عليها  
لرئاسة محكمة النقض (أوربي دور ١٢ بقرة ٧٦٦ ص ٣٨٥ — بلانسون وديير وجيه ٧  
بقرة ١٥٤٦ ص ٥٥٨ — دي باج ٣ بقرة ١٩٢٢) . على أنه لا يجوز إثارة هذه المسائل لأول  
مرة أمام محكمة النقض ، لأنها ليست من مسائل النظام العام كما ستري .



التي تزيد قيمتها على مائة جنيه فرنسي في ورقة رسمية أمام موثق العقود، وذلك نظراً لشكوى التي ترددت من حبوب الإثبات بالشهادة . وهذه الورقة هي وحدها التي تكون دليلاً للإثبات ، دون أن تقبل البيئة فيها يجاوز هذا الدليل الكتابي ، أو فيها يدعى أنه اتفق عليه قبل كتابة الدليل أو في أثناء كتابته أو بعد الكتابة (avant, icelui, lors et depuis) . ولا يخجل هذا الحكم بمجاوز إثبات التعامل في ورقة حرفية . وبعد مائة عام من صدور هذا الأمر صدر أمر آخر يؤكد في سنة ١٦٦٧ ، وهو قانون لويس الرابع عشر في الإصلاح القضائي ، ويقضي بوجوب تدوين المعاملات التي تزيد قيمتها على مائة جنيه ، ولو كانت ودائع اختيارية ، في أوراق رسمية أو حرفية . ولا يقبل الإثبات بالبيئة لما يخالف ما اشتملت عليه هذه الأوراق أو يجاوزه ، ولا لما يدعى أنه اتفق عليه قبل الكتابة أو في أثناءها أو بعدها ، ولو لم تجاوز القيمة مائة جنيه ، دون أن يخجل ذلك بما قد جرى العمل عليه أمام القضاة والتناصل في المسائل التجارية<sup>(١)</sup> .

وبقي هذا النص معمولاً به في القانون الفرنسي القديم . ثم نقله التقنين المدني الفرنسي نقلاً يكاد يكون حرفياً ، فنصت المادة ١٣٤١ من هذا التقنين على أنه « يجب إعداد ورقة رسمية أو حرفية لإثبات الأشياء التي تزيد قيمتها على مائة وخمسين فرنكاً ، ولو كانت ودائع اختيارية . ولا تقبل البيئة فيها يخالف أو يجاوز مشتتات هذه الأوراق ، أو فيها يدعى أنه وقع قبل كتابتها أو في أثناء الكتابة أو بعدها ،

---

(١) وثبتت هنا الأصل الفرنسي لهذا النص الحام ، فهو المصدر التاريخي المباشر لقاعدة من أهم قواعد الإثبات ، وهو في الوقت ذاته يقرب كثيراً من نص المادة ١٣٤١ من التقنين المدني الفرنسي :

Seront passés actes par devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres, même pour dépôts volontaires, et ne sera reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent livres, sans toutefois rien innover pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls marchands.

( Art. 2. Titre XX. Ordonnance de 1667 ) .

ولو كانت القيمة تقل عن مائة وخمسين فرنكاً . وهذا كله دون إخلال بأحكام  
قوانين التجارة (١) .

وقد جعل قانون نابليون نصاب البينة مائة وخمسين فرنكاً ، وكانت في القانون  
الفرنسي القديم مائة جنيه وقيمتها كانت تبلغ نحواً من ألفين من الفرنكات .  
وقد زل نصاب البينة إلى هذا المقدار نظراً لزيادة انتشار الكتابة كما قال جوبير  
(Jaubert) في تقريره عن هذا النص (٢) ، ثم نقصت قيمة الفرنك فصدر قانون  
أول أبريل سنة ١٩٢٨ يرفع نصاب البينة إلى خمسمائة فرنك . ثم هبطت قيمة  
الفرنك بعد ذلك هبوطاً جسيماً ، فصدر قانون ٢١ فبراير سنة ١٩٤٨ يرفع  
النصاب مرة أخرى إلى خمسة آلاف من الفرنكات . وفي مصر قرر نصاب  
البينة منذ التقيين اللذين السابق بمشرة جنيهات . ولم يتغير هذا النصاب في التقيين  
الجديد ، وإن كانت قيمة العملة قد زلت نزولاً كبيراً ، للمعادلة ما بين هذا  
النزول الكبير وزيادة انتشار الكتابة .

ونرى بما تقدم أن ، أمر مولان ، كان هو نقطة التحول عن البينة إلى الكتابة .  
وقد ذكر الأمر لهذا التحول سببين : (أولهما) ما تنطوي عليه الشهادة من خطر ،  
ليس فحسب من حيث فساد ذمة الشهود ، بل أيضاً من حيث ضعف ذاكرتهم  
واحتال طرق السهو والنسيان إليها . (والثاني) ما يستتبع السماح بالبينة في الإثبات  
من كثرة القضايا التي ترفعها الناس اعتياداً على سهولة اصطلياد الشهود وشرائهم  
عند الضرورة ، وما يترتب على ذلك من ازدحام المحاكم بالقضايا وتراكم هذه  
القضايا وتعقدها وطول إجراءاتها . ويضيف « بارتان » سبباً ثالثاً ، هو ما ينطوي

---

(١) وهذا هو الأصل الفرنسي لنص المادة ١٣٤١ ، لمقارنته بمصدره التاريخي المتقدم الذكر :

Art. 1341 : Il doit être passé acte devant notaire ou sous signatures privées  
de toutes choses excédant la somme ou la valeur de cent cinquante  
francs, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve  
par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait  
allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse  
d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. Le tout sans  
préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

انظر في هذه المسألة أبريل ورو ١٢قرة ٧٦١ هامش رقم ١ .

(٢) فينيه (Fennel) ١٢ ص ٢٩٦ — لوكريه (Loché) ١٢ ص ٥٢٧ .

عليه التصرف القانوني من دقة تضيق بها الشهادة . فالشهود قد يستطيعون رواية واقعة مادية ، أما أن يرددوا عبارات تم بها التصرف القانوني ترديداً صادقاً أميناً فهذا ما يتوه به كاهل الكثرة الغالبة من الشهود (١) .

## ١٩٠ - هل تعتبر هذه القاعدة العامة بتفريقها عن النظام العام :

بقي ، قبل الدخول في تفصيلات هذه القاعدة العامة ، أن نبين هل هي تعتبر

(١) يارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ٣ مكرر . يضاف إلى هذه الأسباب الثلاثة أن التصرف القانوني هو الذي تستطاع تهيئة الدليل الكتابي له عند وقوعه ، فهو وحده الوثيقة القانونية التي تقبل عادة الدليل المنهياً (preuve préconstituée) . هذا إلى أن الإرادة قد تقدم كانت الشكلية تحوطها فتجلبها بمنجاة من الغلط والسهو والتدليس والإكراه . وغير ذلك من الشوائب . فلما زالت الشكلية في انقضاء ، متصرف القانوني ، حلت الكتابة محلها في إثباته . وما الكتابة إلا ضرب من ضروب الشكلية ، أكثر مرونة وأقل تعقيداً وأيسر كلفة . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع المهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «ويرجع ما أحاسب قيمة حجية البينة من تطور إلى عدم التيقن من سلامتها . وقد يما كان الإثبات بالبينة جائزاً في الشرائع اللاتينية دون قيد ، بسبب شكلية التصرفات القانونية بوجه خاص . وكانت القاعدة السائدة إذ ذاك تقديم البينة على الكتابة . وقد أبقى تقنيننا المرافعات الألمانية والضامري على هذه القاعدة . ولكن سلطانها تزعزع في فرنسا من جراء التطور الذي بدأ يصدر أوامرولان في سنة ١٥٦٦ . وقد عرض واضعو المشروع الفرنسي الايطال لمسألة الاثبات بالبينة ، وجعلوها محل نقاشهم ( انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الإيطالي ) ، وانتهوا من ذلك إلى أن العلول من نظام تقييد الإثبات ، وعن إظهار الدليل الكتابي بالصدارة ، إن هو إلا نكوص عن المضي في سبيل التقدم . وليس يقتصر الأمر في توجيه تقييد الإثبات بالبينة على خطر إغراء الشهود والادلال بالشهادة زوراً ، بل هو يجاوز ذلك بوجه خاص إلى ما يقع من أخطاء الشهود بسبب ما قد يهزم من دقة الملاحظة ، أو قوة الذاكرة ، فضلاً عن ندرة احتمال وجودهم إذا كان العهد قد تقادم على الوقائع . والواقع أن تحريف الشهادة أو تلفيقها لا يعتبر أم خطر يعرض بشأن الإثبات بالبينة . وإنما يمثل هذا الخطر في انتفاء ضمانات فعلية لا حيلة للقانون فيها . فقد أسفرت أحدث أبحاث النفس ، كما أسفرت تجارب القضاء ، عن تناقض أقوال من يسمحون من الشهود في يوم وقوع الحادث ، مع القطع بتوافر حسن النية فيهم . فأي ضمان يكفل صحة الشهادة ودقتها إذا سمح الشهود بعد ذلك بمئات سنوات أو أكثر ، وأتى لدى الشأن ببقاء الشهود على قيد الحياة وللمالبه بمصالحهم إذا قدر إجراء التحقيق بعد زمن طويل ؟ والحق إن ما يدور دور الشأن من مخزوات عند إنشاء التصرف القانوني ككثير يتماهى هذه الأخطاء جميعاً . فلذا قرن ذلك بشيوع انتقاد التصرفات بالكتابة ، وتأسل الاطشتان إليها في تقاليد العمل والتشريع ، ظهر وجه الإبقاء على قاعدة تقييد الإثبات بالبينة وإظهار الكتابية (مجموعة الأعمال الصغيرة ٣ ص ٣٩٤ - ص ٣٩٥) .

من النظام العام . فاتها إذا احتبرت كذلك ، لم يجز الاتفاق على أن يكون الإثبات بالكتابة فيها لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، ولا أن يكون الإثبات بالبينة فيها تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو فيها يخالف الكتابة أو يجاوزها . ثم يكون للمحكمة أن تقضى بهذه الأحكام من تلقاء نفسها ، ولا تعد بنزول الخصوم عنها ، ويجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض . ونبحث هذه المسألة الهامة في القانون الفرنسى ، ثم في القانون المصرى .

**القانون الفرنسى :** الفقه والقضاء في فرنسا مختلفان فيها إذا كانت هذه القاعدة تعبر عن النظام العام . فالفقه الفرنسى يلزم إلى وجوب اعتبارها من النظام العام<sup>(١)</sup> ، كما يبدو من الأسباب التى ذكرت في أمر مولان (Moulans) وهو أول سند تشريعى لهذه القاعدة . والفقه ، وهو يأخذ في شبه إجماع<sup>(٢)</sup> بهذا الرأى ، يستند إلى الحجتين الآتيتين : (أولاً) أن القانون في تنظيمه طرق الإثبات إنما يبنى الوصول إلى غير الحلول لحسم النزاع ما بين الأفراد ، ومن ثم فهو يمس تنظيم القضاء نفسه ، وتنظيم القضاء يعتبر من النظام العام<sup>(٣)</sup> . (ثانياً) أن

(١) توليه ٩ فقرة ٣٦ — فقرة ٤١ — ماركاديه م ١٣٤٨ فقرة ٨ — لارومبيير م ١٣٤٧ فقرة ١ — فقرة ٢ — ديولوب ٣٠ فقرة ٢١٣ — لوران ١٩ فقرة ٣٩٧ — أوربى دور ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٢٩٩ وحامش رقم ٥ — بودرى وبارف ٤ فقرة ٢٥١٧ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٤ وقارن فقرة ١٢٨٧ — كولان وكايتان ومورانديير ٢ فقرة ٧٧٣ — جوسران ٢ فقرة ٢٠٣ — لبال (La Belle) في الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات في القانون المدنى رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — سبيوريانو (Sacciorano) في الاتفاقات الخاصة بإثبات برائة فمة المدعى رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — قارن بلانول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٤٢٨ . (٢) ذلك أن هناك من الفقهاء الفرنسيين من يلزم مع القضاء الفرنسى إلى أن هذه القاعدة لا تعبر عن النظام العام : ديرانتون ١٣ فقرة ٣٠٨ وفقرة ٣٢٩ — يونيه ١ فقرة ١٧٧ — ميك ٨ فقرة ٢٩٠ — بارتان هل أوربى دور ١٢ فقرة ٧٦٢ حامش ٢ مكرر — هيسار ٢ فقرة ١٨٠٨ .

(٣) بلانول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٤٢٨ — ويقول بيدان وبرو في هذا المعنى إن القضاء ، بعد أن كان في القدم ذا صبغة تعاقدية فيما بين الخصوم ، أصبح الآن من شؤون الدولة . ومنذ رأى المشرع من المناسب أن يتدخل ليحد من تحكم القاضى ويمنعه من أن يكل نفسه إلى محض الاعتناء ، فقد قدر أن حسن تنظيم القضاء يجب حتماً أن يطرأ على المصالح الخاصة لخصوم ، مهما كانت هذه المصالح مفروضة ، وإلا كان من الأهمر أن تترك للقاضى حريته كاملة في الإثبات (بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٤) .



الاجبار الأسنى الذى استند إليه المشرع في تحريم البينة إلا في حدود ضيقة هو أن السماح بها يفسح المجال للإكثار من رفع القضايا وازدحام المحاكم بها اعتماداً على تصيد الشهود وشرائهم عند الاقتضاء ، وهذا الاعتبار يتصل بأوثق الاتصال بالنظام العام<sup>(١)</sup> . ورتب الققه الفرنسى على أن القاعدة تحصر من النظام العام أنه لا يجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما يزيد قيمته على النصاب ، أو فيما يخالف الكتابة أو يجلوزها ولو لم يزد قيمته على النصاب . كذلك لا يجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة فيما لا يزيد قيمته على النصاب<sup>(٢)</sup> . ويستوى في ذلك أن يكون الاتفاق ما بين الخصوم على ما يخالف القاعدة واقعاً قبل رفع النزاع إلى المحكمة أو بعد رفعه ، ففى الحالتين يكون الاتفاق باطلاً لمخالفته للنظام العام<sup>(٣)</sup> . ولقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه ، دون طلب من الخصوم بل بالرغم

(١) وجه في الموجز المؤلف ، في هذا الصدد ما يأتي : « عند ما يطلب القانون دليلاً كتابياً ، يبرر اقتضاه ذلك حاجة بأصهارات ثلاثة : ( أ ) أولاً ( حرص القانون على التقليل من المنازعات والخصومات ، لأن العائن إذا لم يجد الدليل الكتابي واجب حرص على الوصول إليه ، فلا يصير للمدين مجال كبير لإنكار الدين ومنازعة الدائن . وكذلك الأمر من جهة العائن الذي لم يصل إلى الدليل الكتابي المطلوب ، فإن أسله في كسب الدعوى يكون ضعيفاً فيبعد عن التفكير في الالتجاء إلى القضاء . ( ثانياً ) عدم الطمأنينة إلى شهادة الشهود ، فإن الدائرة البشرية يتطرق إليها من عوامل الخسف ما لا يمتري الورق المكتوب ، ولا يمكن الاحتراز من السهو والنسيان ( ثالثاً ) عدم الثقة بالشهادة في جميع الأحوال ، فاحتمال شراء الشهود أو التأثير فيهم ليقروا غير الواقع احتمال يتحقق كل يوم . والاحتمال الأولان من شأنهما أن يمسلا القاعدة التي تتطلب الدليل الكتابي من النظام العام ، يمسك الاجبار الثالث ( الموجز ص ٧٠٠ هامش رقم ٧ ) .

(٢) وهناك من يلحظ إلى التمييز بين الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث يجب الإثبات بالكتابة — وهذا لا يجوز لأن الأصل في إثبات التصرفات المدنية هي الكتابة فلا يجوز الاتفاق على الإثبات بغيرها — وبين الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث يجوز الإثبات بالبينة، وهذا يجوز لأن الإثبات بالبينة في التصرفات المدنية استثناء فالاتفاق على الرجوع إلى الأصل جائز . ( *Juris-Classeurs* ١٥١ م ١٣٤٤-١٣٤٤ م ٩٤ - ٩٤ - ١٧٤ ) .

(٣) ويميز بعض بين الاتفاق مقدساً على طريق للإثبات غير الذى حثه القصاصون ، كتابة أو بينة — وهذا لا يجوز ، لأن النزاع لم يتحدد، فلا يجوز تقيده الخصم مقدساً ، قبل معرفة حدود النزاع ، بطريق للإثبات لم يمتد القانون — وبين الاتفاق على طريق للإثبات بعد قيام النزاع ومعرفة حدوده ومداه ، ولو كان هذا الاتفاق قسبياً بعدم امتراض الخصم على طريق الإثبات الذى سلكه خصمه — وهذا جائز لأن النزاع قد تحدد والخصم قد قبل هذا الطريق للإثبات وهو عالم بغير النزاع وأهمه فلا غرر في ذلك ( *Juris-Classeurs* ١٥١ م ١٣٤٤-١٣٤٤ م ٩٤ - ٩٤ - ١٧٤ ) .

من تنازلم أو من انتقامهم على العكس ، يوجب تطبيق الأحكام التي تنفي بها هذه القاعدة . وللخصوم أن يمسكوا بهذه الأحكام ، ولو لأول مرة ، أمام محكمة النقض .

أما القضاء الفرنسي فيذهب ، في شبه إجماع كذلك ، إلى أن القاعدة وإن كانت تتعلق بالمصلحة العامة إلا أنها ليست من النظام العام<sup>(١)</sup> ، وذلك للاعتبارين الآتيين : (أولاً) أن الإثبات إنما يتناول حقاً فردية للخصوم ، وللخصم أن ينزل عن حقه ، فيملك من باب أولي أن يتفق مع خصمه على طريق إثباته<sup>(٢)</sup> . (ثانياً) أن موقف القاضي في الإثبات هو موقف الحياد التام ، والخصوم وحدهم هم الذين يقومون بالنشاط الإيجابي في الإثبات . فلهم ، إذا شأوا ، أن يمينوا بالاتفاق فيما بينهم الطرق التي يثبتون بها حقوقهم دون تدخل من القاضي . ولا

« بل هناك من يميز بين سكوت الخصم وعدم اعتراضه على طريق الإثبات الذي يملكه خصمه - وهذا السكوت لا يمتد به ويضم القاضي أن يكون طريق الإثبات هو الطريق الذي يمينه القانون - وبين رضاه الخصم بطريق الإثبات الذي يملكه خصمه وضاه صريحاً - وهذا الرضاه الصريح يمتد به فيقر القاضي طريق الإثبات الذي ارتضاه الخصم . ولا مورد للتفريق ما بين الرضاه الصريح والرضاه الضمني ، فلذا جاز الرضاه الصريح يجب أن يجوز الرضاه الضمني ، وإذا لم يجوز الرضاه الضمني يجب ألا يجوز الرضاه الصريح ( انظر في هذه المسألة لوبري دود ١٢ فقرة ٧٩١ على رقم ٥ ) .

(١) ويقول القضاء الفرنسي في هذا المعنى :

*L'art. 1341 est bien d'intérêt général, mais non d'ordre public.*

(نقض فرنسي ٢٤ أغسطس سنة ١٨٨٠ دالوز ٨٠-١-١٧٧-١-٢١ أبريل سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٦-١-٣٩٣-١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٣-١-٧٦-١- أول أغسطس سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٩-١-٣٩٨) - وهكذا من يجب أن القاعدة قد استلهمت في المكان الأول احكام تقليل المنازعات ، بعدم الاجتهاد إلى الشهادة بقدر الإمكان ، باعتبارها من نظام السلام . ومن يجبها قد استلهمت كأساس لما عدم الثقة في أمانة الشهود ، لإمكان تحقيق فيهم ، لا باعتبارها من نظام السلام (Juris-classeur ١٥١ م ١٣٤١-١٣٤٤ فقرة ٩٤ - فقرة ١٧٤ - انظر أيضا الموجز المؤلف من ٧٠٠ على رقم ٧) .

(٢) ويقال في هذا المعنى إن الاتفاق على طريق للإثبات يمكن أن يكون منه تحليله بطلان زول من الحق ، إما زولاً غير محدد أو زولاً مطلقاً على شرط . فالاتفاق على إثبات حق هو اتفاق على الحق ذاته . فلذا كان سائب الحق يمكن أن يصرف في حقه ، فإنه يعلل كذلك أن ينظم بالاتفاق طرقاً لحسه أو منه ، ومن ثم يستطيع أن يتخلف لطريق معين للإثبات (بالقول ومعيير وجايرد ٧ فقرة ١٤٢٨) .

يتدخل المشرع ، في رسم طرق الإثبات ، إلا إذا لم يتفق الخصوم ، صراحة أو ضمناً ، على شيء من ذلك <sup>(١)</sup> .

ويرتب القضاء الفرنسي على أن القاعدة لا تنحصر من النظام العام عكس النتائج التي يرتها الفقه الفرنسي على أن القاعدة تعتبر من النظام العام . فيجوز الاتفاق على الإثبات بالينة أو بالقرائن فيما يزيد قيمته على النصاب ، أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ولو لم تزد قيمته على النصاب <sup>(٢)</sup> . ويجوز الاتفاق كذلك على الإثبات بالكتابة فيما لا يزيد قيمته على النصاب <sup>(٣)</sup> . ويستوى في هذا الجواز أن يكون الاتفاق واقعاً قبل رفع النزاع إلى المحكمة أو بعده <sup>(٤)</sup> . وليس للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بوجوب تطبيق الأحكام التي تقضي بها هذه القاعدة إذا نزل الخصوم عن التمسك بها صراحة أو ضمناً ، أو حتى إذا اقتصر التمسك على عدم الاعتراض على خصمه وهو يخالفها في إثبات ما يدعيه <sup>(٥)</sup> . وليس للخصوم أن يتمسكوا بهذه الأحكام لأول مرة أمام محكمة النقض <sup>(٦)</sup> .

(١) بلايدر ولير وجابوله ٧ لقطة ١٤٢٨ .

(٢) محكمة رن الاستئنافية ٢٥ فبراير سنة ١٨٤١ سيرة ٤١ - ٢ - ٤٢٧ - فلون ؛ نقض فرنسي ٦ يناير سنة ١٩٣٦ - فالورز الأيسري ١٩٣٦ - ١١٦ - ٢٤ مارس سنة ١٩٤٢ - فالورز ١٩٤٢ - ٦٤ - ٢ أغسطس سنة ١٩٤٩ جازيت دي باليه ١٩٤٩ - ٢ - ١٠٦ - بل ويجوز الاتفاق على إعطاء القاضي حجية كاملة في الحكم بمقتضى اقتضائه الشخصي (نقض فرنسي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١١ - فالورز ١٩١٢ - ١ - ١٥٨) .

(٣) بل يجوز الاتفاق على أن يقتصر الإثبات على طريق محدد في طبيعته وفي شكله (نقض فرنسي ٨ أغسطس ١٩٠١ سيرة ١٩٠٤ - ١ - ٤٨ مع تعليق شوفجران (Chauvegrin) - ١٠ مارس سنة ١٨٧٦ سيرة ٧٧ - ١ - ٣٣٨ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩١ سيرة ٩٥ - ١ - ٤٠٢ - ٣٠ يوليو ١٨٨٤ - فالورز ٨٥ - ١ - ٤٣٩ - ٦ أغسطس ١٩٠١ - فالورز ١٩٠١ - ١ - ٤٧٧) .

(٤) Juxia - clausseur ١٥١ م ١٣٤١ - ١٣٤٤ - ٩٠ لقطة ١٧ .

(٥) نقض فرنسي أول أغسطس ١٩٠٦ - فالورز ١٩٠٩ - ١ - ٣٩٨ - ٦ يناير سنة ١٩٣٦ جازيت دي باليه ١٩٣٦ - ١ - ٥٧٦ (يعتبر الخصم متنازلاً عن حقه في التمسك بالإثبات بالكتابة إذا اشترك في التحقيق التي أمرت به المحكمة أو طلب إجراء تحقيق مضاد لنقل التحقيق الأول) - نقض فرنسي ٥ مايو سنة ١٩٤١ سيرة ١٩٤١ - ١ - ١٧٤ (وكذلك إذا حضر أمام المحير) - محكمة كولمار ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ جازيت دي باليه ١٩٣٣ - ١ - ٢٢٧ (بل إذا هو لم يعارض في إجراء التحقيق) .

(٦) نقض فرنسي ٢٦ يونيو سنة ١٨٨٧ - فالورز ١٨٨٧ - ٧٨ - ٨ - يونيو سنة ١٨٩٦ =

**القانون المصري :** أما في مصر ، وفي عهد الحثين الملكي السابق ، فقد كان التقه والقضاء متفقين على أن القواعد المتعلقة بطرق الإثبات ، إذا كانت تميز البيئة ، لا تعبر من النظام العام ؛ فيجوز للطرفين أن يتفقا على أن الإثبات لا يكون إلا بالكتابة حتى لو لم تزد قيمة الالتزام على عشرة جنيهات<sup>(١)</sup> .

= دالوز ١٨٩٧-١-٤٦٤-١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٣ سيرة ١٩٠٧-١-٣٩٦-٢٢ فبراير ١٩١١ دالوز ١٩١٣-١-٣٦٠-٢٦ مارس سنة ١٩٣٥ سيرة ١٩٣٦-١-١٨١-٦ يناير سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦-١١٥-١٢ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦-٤١٠-٢٤ مارس سنة ١٩٤٢ دالوز ١٩٤٢-٦٤-١٩ يونيو سنة ١٩٤٧ جازيت دي بانيه ١٩٤٧-٢-٨٤ ، محكمة النقض للبلجيكية ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ باسكيريزي ١٩٤٧-١-٢٩ .  
أنظر في أحكام القضاء الفرنسي في علم المسائل بالتهويل وديبير وجابوله ٧ فقرة ١٥٢٠ - بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٥ .

(١) واليون ١ ص ٣١٩ - الأستاذ أحمد لغات في الإثبات ١ فقرة ٩٣ - وله فقت محكمة استئناف مصر بأنه يجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة فيما لا يزيده على عشرة جنيهات ، كما إذا اتفق على ألا يعبر السداد إلا بالقبض أو الاتصال أو استلام سند الدين مؤمراً عليه بالسداد ( استئناف مصر ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٣٣ ص ١٨٠ - أنظر أيضاً : استئناف أهل ١٦ فبراير سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧ ص ١٣-٢٥ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ١٧٠-١٨٠ يناير سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٢٩٧ - الأقصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٣٤ ص ٢٠٧ ) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه متى نص في عقد ولو في مسائل التجارة على أن برادة القصة لا تليق إلا بتسليم السند أو بمخالصة بالكتابة ، فالإثبات لا يمكن حصوله بالبيئة ( استئناف أهل ١٦ فبراير سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧ ) . وقضت محكمة جرجا بأن اشتراط المدين على نفسه في سند دين قيمة أربعمائة قرص عدم الإتمام برادة ذمت إلا باستلام السند نفسه أو بمخالصة مفعلة من التائن ، وألا حيرة بالإثبات بالبيئة ، هو شرط يجب اعتباره صحيحاً ، فإن الشارع وضع حداً للقيادة القفوية خوفاً منها واسترازا ، وإنما أجازها القانون في الأحوال التي أجازها للقائمة المصالحين الذين علم امتثالها منها ( جرجا ١٣ أكتوبر سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠ ) . وقضت محكمة الأقصر بأن الشرط الذي يذكر في سند دين بضاعة قرش على أن الدفع لا يثبت إلا بالكتابة ، وأن الإثبات بالبيئة لا يقبل ، هو شرط صحيح لأنه لا يخالف النظام العام ( الأقصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١ ) . وقضت محكمة مابدين بأنه إذا نص في السند على أنه لا تبرأ ذمة المدين من المبلغ المدين به إلا باستلام مؤشراً عليه بالسداد ، وأنه لا تجوز القيادة في ذلك ، كان طلب المدين الإحالة على التحقيق لإثبات برادة ذمت من جزء من المبلغ غير مقبول ( مابدين ١٤ يونيو سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٥١٥ ص ١٢٤٠ ) . وقضت محكمة الاستئناف القضاة بأن الاتفاق في سند الدين على أن القواعد يجب إثباته بالكتابة ، ولا يجوز إثباته بالبيئة حتى فيما يجوز قانوناً =

أما إذا كانت قواعد الإثبات تتطلب الكتابة : فقد كان هناك رأى يعتبر هذه القواعد من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق مقدماً على الإثبات بالينة ، بل لا يجوز نزول أحد الطرفين عن حقه في الإثبات بالكتابة أثناء رفع الدعوى ، وللقاضي من تلقاء نفسه أن يرفض الإثبات بالينة حتى لو قبلها الخصمان<sup>(١)</sup> . وكان هناك رأى ثانٍ يميز بين الحالتين ، فلا يميز الاتفاق مقدماً على جواز الإثبات بالينة ، ولكنه يميز تراضى الخصمين أثناء رفع الدعوى على قبول البينة في الإثبات إذ يكون قد تبين لها مدى النزاع وأهميته<sup>(٢)</sup> . وكان

= إثبات بالينة ، هو اتفاق صحيح ويجب إعماله (استئناف مخطط ١٩ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١١٥ - أنظر أيضاً : استئناف مخطط ٢٢ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩٦ - ٥ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٢٤ - ٣١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٤٠ ) .

(١) الأستاذ أسعد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٩٢ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الإثبات بالكتابة فيها زاد على ألف قرش هو أمر من النظام العام ، وبأن المحكمة أن تحكم بعدم جواز الإثبات بالينة في هذه الأحوال حتى لو قبل الخصوم الإثبات ، كما أن لها أن تحكم بذلك في أية حالة كانت عليها الدعوى ( استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٣٧ المحلة ١٧ رقم ٥٢٥ ص ١٠٥٣ ) . وقضت محكمة بنى سويف الكلية بأنه لا يجوز للخصوم الاتفاق على ما يخالف القاعدة المقررة في المادة ٢١٥ مدق ( م ٤٠٠ جديد ) التي تلغى بعدم جواز الإثبات بالينة فيما يزيد على عشرة جنيهات ، إذ أن الشارع في تقريره هذه القاعدة لم يفرغ إلا مصلحة النظام العام ( بنى سويف الكلية ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحسوبة الرسمية ٢٤ رقم ٨٨ ) .

(٢) والنزاع ١ ص ٣١٨ - ٣١٩ - وهذا هو الرأى الذى كان القضاء يسير عليه في لكثرة الغالبية من أحكامه . والأحكام التي تذكرها فيما يلي تشير إلى جواز تراضى الخصمين أثناء الدعوى على قبول البينة في الإثبات ، ولم يعرض أى من هذه الأحكام إلى جواز الاتفاق مقدماً على جواز الإثبات بالينة :

قضت محكمة النقض بأن الإثبات بالينة في الأحوال التي لا يجوز فيها ذلك ليس من النظام العام . فإذا طالب شخص بمبلغ يزيد على الحد المأثري فيه الإثبات بالينة والقرائن ، مستقفاً في ذلك إلى حقه دون قال إنه سرقه في حادثة جنائية ، وطالب الإثبات بالينة ، ولم يبلغ المدعى عليه بعدم جواز ذلك ، كما أنه لم يبد اعتراضاً على تنفيذ الحكم الصادر بإحالة المدعى إلى التحقيق ، فعلا يعتبر قبوله لا للإثبات بالينة يمنع من عمل المحكمة الاستئنافية أن ترفض من تلقاء نفسها لهذا الأمر ( نقض مدق ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجوعة صر ٢ رقم ١٠٧ ص ٣١٦ ) . وقضت محكمة النقض في دائرتها الجنائية بأن السكوت من التمسك بالبلغ بعدم جواز الإثبات بالينة قبل البدء في سماح الشهادة سفل له ، إذ الأصل أن الذى يعرض عليه يجوز كما يملك الاعتراض به لصالحه ، ليعلم من إقامة الحقبة عليه به ، يملك التنازل سراحة أو دلالة من حقه في مطالبة المدعى بالإثبات بطريق خاص قائما به بغيره ، لأن سراحة قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام ( نقض جنات ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحلة ٩ رقم ١ ص ١٠ ) . وقضت أيضاً بأن المدعى بأن المحكمة أعطت =

هناك رأى ثالث لا يعتبر هذه القواعد من النظام العام ، دون تمييز بين حالة وحالة . فيجوز تراضى الخصمين على قبول البينة أثناء رفع الدعوى ، بل ويجوز الاتفاق مقدماً على الإثبات بالبينة ، فعنده أن جميع القواعد المتعلقة بطرق الإثبات ، سواء كانت تحتم الكتابة في الإثبات أو تجيز الإثبات بالبينة ، ليست

== إذ أحدثت بشهادة الشهود في إثبات ما يزيد قيمته على ألف قرش ليس من النظام العام، فلا يجوز التمسك به لأول مرة لدى محكمة النقض (نقض جنائي ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٩٤ ص ٦٧٨). وقضت أيضاً بأن سكوت المتهم بالتبديد عن التمسك قبل البينة في سماع شهادة الشهود بعدم جواز إثبات تسلمه المال المدعى تبديده بالبينة مسقط لحقه في الدفع بذلك . إذ الأصل أن المدعى عليه يحق ما دام له أن يمتدح بالحق المدعى به فيجوز للمدعى من أن يقدم أى دليل عليه ، فإنه يكون له أن يتنازل ولو ضمنت من حقه في مطالبة المدعى بالإثبات بالطريق المعلن في القانون اكتفاء بغيره ، وسرعة قواعد الإثبات في المواد المدنية لا شأن لها بالنظام العام . وإذن فلما كان المتهم لم يردجه أى اعتراض على سماع شهادة الشهود قبل البينة في إدلائهم بالشهادة ، حتى ولا بعد الانتهاء من سماعهم ، فإن ذلك منه بعد تنازلاً عن حقه في مطالبة المبنى عليه بالإثبات بالكتابة إذا كان الحق المطالب به مما يجب إثباته بالكتابة ، ويمتنع من أن يتمسك بهذا الدفع أمام المحكمة الاستئنافية فيما بعد ( نقض جنائي ٥ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢١٥ ص ٦٤٨ ) . وقضت أيضاً بأن القيود التي جاء بها القانون المدني في مواد الإثبات لم توضع للصيانة العامة وإنما وضعت لمصلحة الأفراد ، فالدفع بعدم جواز إثبات الحق المدعى به بالبينة يجب على من يريد التمسك به أن يتقدم به إلى محكمة الموضوع . فإذا هو لم يترشداً من ذلك ، بل ناقش أقوال الشهود الذين سمعوا في مواجهته ، فإنه يعتبر تنازلاً عن حقه في الإثبات بالطريق الذي رسمه القانون ، ولا يكون له من بعد أن يتمسك بهذا الدفع أمام محكمة النقض ( نقض جنائي ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ١٦٠ ص ٣٧٥ ) . وقضت أيضاً بأن قواعد الإثبات في المواد المدنية ليست مطلقة بالنظام العام ، فيجب على من يدهى عدم جواز إثبات الحق المدعى عليه بالبينة أن يدفع بذلك لدى محكمة الموضوع قبل سماع الشهود . فإذا هو لم يتقدم بهذا الدفع إلا بعد سماع الشهود ، فلا يكون له أن يرجع مما سبق أن قبله ضمنت من جواز الإثبات بالبينة ( نقض جنائي ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٠ ص ٤٥٦ ) . أنظر أيضاً في هذا المدعى : نقض جنائي ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٨١ ص ١٩٧ - ١٩ أبريل سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ١٠١ ص ٥٣٤ - ٥ فبراير سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ١٢٨ ص ٣١٢ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٢٢ رقم ٦٦٥ ص ١٤٢٣ - ٢٢ يناير سنة ١٩٥١ المحاماة ٢٣ رقم ٨١ ص ١٧٧ - ٤ فبراير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٢٤ رقم ٤٨١ ص ١١٥٤). ويجوز الخصوم ، بعد أن تراضوا على أن يشهدوا شخصاً معيناً ، أن يشهدوا شخصاً آخر ( نقض مدني ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجوعة محر ٥ رقم ٣٣٥ ص ٦٥٧ ) . ولا يجزى الاتفاق على إثبات الحافة بمعرفة غير معين من ضمناً من وضع دعوى إثبات الحافة بتقرير يمينه تقضى الأمور المستعجلة (مصر الكلية مستعجل ١٠ أغسطس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٢ ص ٧٥٥) .

## من النظام العام (٢).

أما التفتين المدنى الجديد فقد حسم ، فيما نرى ، هذا الخلاف . فقد قضت الفقرة الأولى من المادة ٤٠٠ من هذا التفتين بعدم جواز الإثبات بالبيئة إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . فأجاز التفتين الجديد صراحة "الاتفاق على جواز الإثبات بالبيئة في تصرف قانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات" (٣) .

(١) وكان هذا هو رأينا في عهد التفتين المدنى السابق . وكثيرا في الموجز في هذا المعنى ما يأتى : ويمكن القول بشئ من التعميم أن عدم اعتبار قواعد الإثبات من النظام العام هو الرأى الذى ذهب إليه القضاء فى فرنسا ، ويقول به الفقه فى مصر ، وينجح إليه القضاء المصرى فى بعض تطبيقاته ... ولا يخالفه إلا الفقه الفرنسى دون أن تصل هذه المخالفة إلى حد الإجماع . ونحن نؤيد هذا الرأى ، لأن قواعد الإثبات إذا كانت فى الأصل موضوعية لمعان حين سير العدالة والقضى ، إلا أن هذا لا يمنع الخصوم إذا رأوا ، فيما يتعلق بمصالحهم الشخصية ، ألا بأس عليهم من اتباع قاعدة دون أخرى ، أن يتفقوا على ذلك . فهم أحرار فى تقدير ما يرونه صالحاً ، ما دام الحق المتنازع عليه لا يمس النظام العام . وهم قادرين على التنازل عن هذا الحق ، فيستطيعون ، من باب أولى ، رسم طريق خاص لإثباته . سيما أن القاعدة الأساسية فى النظام القضائى هي حياد القاضى ، وتركه الخصوم يديرون دفة الدعوى كما يريدون فى الحدود المقررة . ومن رأينا أنه يجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث يجوز الإثبات بالبيئة ، ويجوز الاتفاق على الإثبات بالبيئة حيث يجب الإثبات بالكتابة ، سواء كان هذا الاتفاق وقت رفع الدعوى ، أو من طريق تنازل أحد الخصوم عن جفته فى الاستسكان بالاثبات بالكتابة ، أو كان الاتفاق مقدماً قبل قيام النزاع . ولا نستثنى إلا فرضاً واحداً : حيث يكون الحق المتنازع عليه مستعراً من النظام العام ، كما إذا وقع نزاع على لزومية أو البتة أو غير ذلك ، وكان القانون يتطلب طرفاً معيناً للأثبات ، فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على طريق آخر ، لأن الحق المدنى الذى يراد إثباته من النظام العام ، فيمنع على الخصوم أن يحددوا عن الطريق الذى رسمه المشرع لأثبات هذا الحق ، مراعاة للاختيارات التى لوجها فى جبل الحق من النظام العام . فالمبررة إذن ليست بقاعدة الاثبات نفسها ، بل بالحق الذى يراد إثباته (الموجز فقرة ٦٧٠ من ٧٠٠ - من ٧٠١) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذه المسألة (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ من ٢٩٧ - من ٢٩٩) --- وأخص ما ورد فى هذه المذكرة صريحاً فى المعنى الذى نقول به ، من أن التفتين الجديد يميز الاتفاق على الإثبات بالبيئة فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، هو ما يأتى : "وقد كان المشروع بين أن يرفع قيمة نصاب البيئة وبين أن يميز الاتفاق على مخالفة وجوب الإثبات بالكتابة ، ولا سيما بعد أن قضت محكمة النقض بجواز هذا الاتفاق (نقض مدنى ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٣٩ من ٤٨١ رقم ١٨٨ --- ومجموعة أحكام النقض ٢ من ٢١٩ رقم ١٠٧) . وقد رأى القضى مع طبع هذا التعمد . على أن أمر الممار فى هذا الشأن لا يزال ---

فبالأولى يجوز الاتفاق على وجوب الإثبات بالكتابة في تصرف قانوني لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات<sup>(١)</sup> . كما يجوز الاتفاق على الإثبات بالبيئة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها . وما دام الاتفاق مقدماً على كل ذلك جازاً ، فمن الجائز أيضاً ، من باب أولى ، أن يتم الاتفاق على كل ذلك بعد رفع النزاع . وقد يفهم مثل هذا الاتفاق دلالة من عدم اعتراض الخصم على طريق الإثبات الذي لجأ إليه خصمه ، ومن مساهمته في هذا الطريق بمناقشته للشهود في التحقيق أو بطلبه استدعاء شهود للثبوت أو بأى عمل آخر . ولا يجوز للقاضي من تلقاء نفسه رفض الإثبات بالبيئة حيث يوجب القانون الإثبات بالكتابة ، من غير طلب من الخصوم . كما لا يجوز أن تثار المخالفة للقواعد المتعلقة بطرق الإثبات لأول مرة أمام محكمة النقض ، إذ لم تكن أثرت قبل ذلك أمام محكمة الموضوع . ويجوز ، أنصبراً ، الاتفاق على الإثبات بالبيئة دون القرائن ، أو على الإثبات بالقرائن دون البيئة ، وذلك فيما تريد قيمته على عشرة جنيهات أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها<sup>(٢)</sup> .

وننتقل الآن إلى القاعدة العامة في كل من شقها .

مذكولاً لاستحسان ، ظنيس ثمة ما يجوز دون المدول من هذا المذهب والنص على دفع نصاب الشهادة ، مع حظر الاتفاق على خلاف القواعد المصلحة بالإثبات<sup>٥</sup> . وظاهر أن هاتين الجهتين اعتبار الرأي الأول ، فلم يرفع نصاب الشهادة وأباح الاتفاق على خلاف القواعد المصلحة بالإثبات . (١) وتلق هذه المصداقات الاتفاقية في طرق الإثبات أكثر ما تلقى في العقود مع الملتزمين بالمرافق العامة ، من ماء ونور ونقل وتأمين وغير ذلك . ويلاحظ منه ذلك أنها تقع في الغالب في عقود إذعان ، فيكون تفسيرها لمصلحة المعلن ، ويجوز أن تكون تفسيرها لمصلحة القاضي أو يلتصق بها .

(٢) ويقول جلد الرأي الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ٢٠ - ص ٢٢ — انظر أيضاً من هذا الرأي الأستاذ حسين المزني في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ١٦٤ - ويطلب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن المصنوع بإمكان الاتفاق على جواز الإثبات بالبيئة وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٤٠٠ هو أن يكون هذا الاتفاق بعد قيام النزاع ، حيث يكون الخصم في موقف يسمح له بتغيير ما يعرض له بقبول الإثبات بالبيئة ، أما الاتفاق مسبقاً على الفصل من وجوب الإثبات بالكتابة فإن فيه نوعاً من المضاربة ، هذا إلى أنه من الصعب تصوره ، وإن أن هاتين الجهتين أشار إلى حكم محكمة النقض لم يعرض إلا للاتفاق بعد قيام النزاع (أصول الإثبات ص ٣٧٠ - ص ٣٧٣ . انظر أيضاً الأستاذ عبد الباقى جيسى في نظام الإثبات ص ١٥٨ - ص ١٦٠) . ويلاحظ على هذا الرأي أنه يوراجع في هاتين الجهتين نصاباً مطلقاً لا يميز بين اتفاق تم بعد قيام النزاع واتفاق تم قبل ذلك ، فكلاهما جائز بصريح النص . أما =



## المطلب الأول

لا تقبل البيئة أو الترانز في تصرفات قانونية تزيد قيمتها على عشرة جنيهات

١٩١ - **النصرى القانونية** : تنص المادة ٤٠٠ من التقنين المدني الجديد على ما يأتى :

١ - « فى غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانونى يزيد قيمته على عشرة جنيهات ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا يجوز البيئة فى إثبات وجوده أو انقضائه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

٢ - « ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف . ويجوز الإثبات بالبيئة إذا كانت زيادة الالتزام على عشرة جنيهات لم تأت إلا من ضم القوائد والملحقات إلى الأصل » .

٣ - « وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة ، جاز الإثبات بالبيئة فى كل طلب لا يزيد قيمته على عشرة جنيهات ، ولو كانت هذه الطلبات فى مجموعها تزيد على هذه القيمة ، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة . وكذلك الحكم فى كل وفاة

---

== المقرر الذى يجمع به فى حالة الاتفاق قبل قيام النزاع لم يبلغ من الشأن ما يوجب الاتفاق إلى حد أن يحمله باطلا ، وما أسير حل الخصم أن يحتج به إذا عساه بأن يهبط أى اتفاق من هذا القبيل . وليس من الصعب تصور اتفاق على جواز الإثبات بالبيئة قبل قيام النزاع ، ويمكن لتصوره أن يفرضه من التبين مكثراً وله نص فيه على جواز إثبات وفاة اثنين بالبيئة . وإذا كانت المذكرة الإيضاحية قد استشهدت بحكم روده فى حالة الاتفاق بمس قيام النزاع ، فذلك لأن واضع هذه المذكرة لم يكن أمامه حكم روده فى الحالة الأخرى ، فلم يمس إلا الاستشهاد بذلك الحكم . حل أن صحة النقض ، كما رأينا ، تطلق القول فى أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ، ولا تقصر قوماً على حالة دون حالة .

ويرى الأستاذ أحمد نفاذ أن المادة ٤٠٠ من التقنين الجديد جاءت مطلقة ، فسوت بين الاتفاق السابق حل ربح التصرف والاتفاق اللاحق ، وكلاهما جائز . ولكنه يرى أنه وكان يحسن بالدفع فى القانون المدني الجديد أن يفرق بين حالة الرضا صراحة أو دلالة أثناء سير الدعوى وبين حالة الاتفاق مقدماً من المصادق لمر قبل ربح أى دعوى حيث ينشأ أن يفسد المصلحتان =

لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات<sup>(١)</sup> .

وتنص المادة ٤٠١ على ما يأتي :

« لا يجوز الإثبات بالبيئة ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات :

( أ ) ..... »

( ب ) إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة . »

( ج ) إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة<sup>(٢)</sup> .

== المضاربة بالشهود » ( الإثبات ١ ص ٩٩ - ص ١٠٠ ) . واحتمال المضاربة بالشهود أصعب من أن يقدم مجرداً للخروج على أصل ثابت في القانون ، هو أن صاحب الحق إذا استطاع التصرف فيه ، فلو لم يأن يستطيع تنظيم طريق لإثباته .

( ١ ) تاريخ النص : ورد نص المادة ٤٠٠ من القانون المعلق الجديد في المادة ٥٣٨ من المشروع النهائي على الوجه الآتي : ١٥ - إذا كان الالتزام المصالحى ، في غير المواد التجارية ، تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز البيئة في إثبات وجود الالتزام أو التخلص منه ، ما لم يرد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . ٢ - ويقتضى الالتزام بإحضار قيمته وقت تمام العمل . ويجوز الإثبات بالبيئة إذا كانت زيادة الالتزام على عشرة جنيهات أثبتت إلا من ضم الفوائد والمكسبات إلى الأصل . ٣ - وإذا فصلت الدعوى على طلبات متعددة ، لم يتم على أيها دليل كافي ، جاز الإثبات بالبيئة في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، حتى لو كانت هذه الطلبات في موضوعها تزيد على هذه القيمة ، وحتى لو كان متعلقاً بعلاقات بين نفس الخصوم أو مفرداً من طبيعة واحدة . وكذلك الحكم في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات . وفي لجنة المراجعة شيرت عبارة « الالتزام المصالحى عبارة بالتصرف القسالىوفه في الفقرة الأولى ليكون الحكم أكثر دقة ، فلا يتناول المقود لحسب ، بل ينسحب على سائر التصرفات القانونية ، ولا يخرج من نطاقه إلا الوقائع المالية والتصرفات التجارية . وأضيفت عبارة « نافذة من مصادر متعددة » بعد عبارة « طلبات متعددة » في الفقرة الثالثة لتزيد الحكم الوارد فيها وضوحاً ، كما أدرجت بنفس تعديلات لفظية أخرى وسنما حذف عبارة « لم يتم على أيها دليل كافي » لعدم الحاجة إليها ، فأصبح نص المادة مطابقاً تقريباً لما استقر عليه النص في القانون الجديد ، وأصبح رقمها ١٦٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص بعد استبدال كلمة « القضاة » بعبارة « التخلص منه » الواردة في الفقرة الأولى . ووافقت لجنة القضاء على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ٤٠٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ ( جريدة الأعمال التشريعية ٣ ص ٣٩٣ و٤٠٠ - ٤٠١ ) .

( ٢ ) تاريخ النص : ورد نص المادة ٤٠١ من القانون المعلق الجديد في المادة ٥٣٩ من المشروع النهائي على وجه مطابق تقريباً . وأضلفت لجنة المراجعة عبارة « ولو لم تزد القيمة على »

وتقابل هذه النصوص للمادتين ٢١٥ - ٢١٦/٢٨٠ - ٢٨١ من التقنين  
الملكي السابق<sup>(١)</sup>.

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون الينيات السوري  
المواد ٥٢ إلى ٥٥ ، وفي التقنين الملكي العراقي المواد ٤٨٦ إلى ٤٨٩ ،  
وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني للمواد ٢٤١ إلى ٢٤٦ ، وفي  
التقنين الليبي للمادتين ٣٨٧ - ٣٨٨<sup>(٢)</sup> . وتقابل في التقنين الملكي الفرنسي

= عشرة جنهات ، في صدر المادة ، فأصبحت خطابة لما استقر عليه النص ، وأصبح رقم المادة  
٤١٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠١ ،  
ثم مجلس الشيوخ (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ وص ٤٠٤) .  
(١) وكانت المادة ٢٨٠/٢١٥ من التقنين الملكي السابق تنص على مايلي : « في جميع المواد ،  
ما عدا التجارية ، إذا كان المصني به عبارة عن نقود أو أوراق تزيد قيمتها عن ألف قرش  
ديواني أو غير مقدرة ، فالأشخاص الذين لم يكن لهم مانع منهم من الاستحصال على كتابة طبقية  
لديهم أو البراءة لا يقبل منهم الإثبات بالبيئة ولا بقرائن الأحوال » .

وكانت المادة ٢٨١/٢١٦ تنص على ما يلي : « إنما علم استجواب الخصم على حسب القواعد  
المقرر في قانون المرافعات للاستحصال على إقراره أو تكليفه باليمين » .  
ولا فرق في الأحكام ما بين نصوص التقنين الجديد ونصوص التقنين القديم ، غير أن  
النصوص الأولى أدق صياغة وأكثر تفصيلاً ، لا سيما في تحديد أن المراد هو التصرف القانوني  
دون الوفاة المادية ، وفي عدم قصر عمل التصرف على النقود والأوراق ، وفي كيفية تقدير قيمة  
التصرف القانوني في الصور المختلفة التي يطلب وقوعها في العمل على وجه يخالف في بعض هذه  
الصور التقنين الملكي الفرنسي كما سئري .

(٢) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون الينيات السوري م ٥٢ : يجوز  
الإثبات بالشهادة في الالتزامات غير المتبادلة . م ٥٣ : في الالتزامات المتبادلة يراعى في جواز  
الإثبات بالشهادة وعدم جوازه الأحكام الآتية : م ٥٤ : ١ - إذا كان الالتزام المتبادلي  
في غير المواد التجارية تزيد قيمته على مائة ليرة أو كان غير محدد القيمة ، فلا يجوز الشهادة  
في إثبات وجود الالتزام أو البراءة منه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . أما في  
الالتزامات التجارية إطلاقاً وفي الالتزامات المدنية التي لا تزيد قيمتها على مائة ليرة فيجوز الإثبات  
بالشهادة . والباقي من النص يطابق تقريباً الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٤٠٠ من التقنين الملكي  
المصري م ٥٥ : تطابق تقريباً نص المادة ٤٠١ من التقنين الملكي المصري . ورى من ذلك ألا  
خلاف في الأحكام ما بين القانون السوري والتقنين المصري ، حتى في نصاب البيئة ، فهو حالة  
ليرة في القانون السوري ، ويمادل تقريباً عشرة جنهات مصرية .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٤١ : إن المقود أو غيرها من الأعمال القانونية  
التي يقصد بها إنشاء موجبات وحقوق أو إسقاطها لا يجوز إثباتها بالبيئة الشخصية إذا =

المواد ١٣٤١ - ١٣٤٦ (١).

وخلص من نصوص التقنين المدني المصري أن التصرف القانوني لا يجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن إلا إذا كانت قيمة الالتزام الناشئة عن هذا التصرف

كانت قيمتها تتجاوز خمسين ليرة لبنانية سورية، بل يجب أن ينشأ لها سند لدى الكاتب العدل أو منه ذو توقيع خاص. م ٢٤٢ : تقبل البينة الشخصية : (١) في المواد التجارية . (٢) إذا كان ما يراد إثباته ليس عملاً قانونياً بل مجرد فعل مادي كالجرم أو شبه الجرم أو شبه العقد . وليس القبل القانوني الذي ينفذ بين شخصين أو عدة أشخاص إلا فعلاً مادياً بالنظر إلى الأشخاص الآخرين الذين لا علاقة لهم به ، فيجوز هؤلاء أن يشيروا على هذا الوجه . (٣) م ٢٤٣ : في الدعوى التي تزيد قيمتها عن خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية ، تبقى البينة الشخصية غير مقبولة فيها وإن تكن قيمة المطلوب تقل عن هذا المبلغ . وعليه فإن طلب مبلغ يقل عن خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية لا يجوز إثباته بالبينة الشخصية إذا كان هذا المبلغ بقية أو جزءاً من دين تزيد قيمته على خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية ولم يثبت بسند خطي . م ٢٤٤ : يجب أن تقدر قيمة الدعوى بالنظر إلى الزمان والمكان اللذين تم فيها العمل القانوني - م ٢٤٥ : إذا كانت القيمة المتنازع عليها تزيد على خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية ، فلا يجوز للمدعى أن يحرمه طلبه ، ولا أن يتنازل من قسم من دينه ، ليجعل قيمته أقل من خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية ، إذ أن العبارة لقيمة الحق المتنازع عليه لا لقيمة الطلب - م ٢٤٦ : إذا كان للمدعى على المدعى عليه عدة حقوق متميزة أصلاً وسبباً ، وكانت قيمة كل منها تنقص عن خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية مع أن قيمة المجموع تزيد على هذا المبلغ ، فإن البينة الشخصية تقبل من المدعى ولو أقام دعوى واحدة لسطالبة بحقوقه المتعددة . (وأحكام التقنين اللبناني تنفق مع أحكام التقنين المصري ، بالرغم مما بينهما من اختلاف في الصياغة والأسلوب والألفاظ . غير أن نصاب البينة في التقنين اللبناني هو خمس وخمسون ليرة لبنانية سورية ، وقيمتها أقل من عشرة جنهات مصرية) .

التقنين المدني العراقي : المواد ٤٨٦ إلى ٤٩٦ تطابق تقريباً نصوص قانون البينات السوري ، وتقرّب كثيراً من نصوص التقنين المدني المصري . ولا تختلف أحكام هذه المواد عن أحكام التقنين المصري ، حتى في نصاب البينة، فهو عشرة دنائير في التقنين العراقي ، وهي قيمة تساوي تقريباً عشرة جنهات مصرية .

التقنين المدني للمملكة المتحدة البنية م ٣٨٧ : مطابقة للمادة ٤٠٠ من التقنين المدني المصري - م ٣٨٨ : مطابقة للمادة ٤٠١ من التقنين المدني المصري . فالأحكام في التقنينين إذن واحدة . ونصاب البينة هو عشرة جنهات لبنية وتساوي تقريباً عشرة جنهات مصرية .

(١) التقنين المدني الفرنسي : م ١٣٤١ سبق لإيرادها - م ١٣٤٢ : تسمى القاعدة المتعلقة (بضرورة الإثبات بالكتابة) في حالة ما إذا اشتملت الدعوى ، فوق المطالبة بالأصل ، على المطالبة بالفوائد ، وكان الأصل محسوماً إليه الفوائد تزيد على خمسة آلاف فرنك (مخالف هذا الحكم حكم المادة ٢ من المادة ٤٠٠ من التقنين المدني المصري) - م ١٣٤٣ : إذا طالب ==

لا تزيد على عشرة جنهات مصرية . فان كانت القيمة تزيد على عشرة جنهات ، فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص في القانون يميز الإثبات بالينة أو بالقرائن . أما الاتفاق ، فقد قلنا أن القاعدة ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على أن يكون الإثبات بالينة أو بالقرائن فيما يزيد على عشرة جنهات . كما يجوز الاتفاق على أن يكون الإثبات بالكتابة فيما لا يجاوز عشرة جنهات . وأما النص ، فهناك نصوص قانونية تميز الإثبات بالينة والقرائن فيما يزيد على عشرة جنهات ، كما إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو وجد مانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها بعد الحصول عليها وسرى تفصيل ذلك . كما توجد نصوص توجب الإثبات بالكتابة فيما لا يجاوز عشرة جنهات ، من ذلك عقد الصلح ( م ٥٥٢ مدنى ) وعقد الكفالة ( م ٧٧٣ ) وعقد إنشاء ملكية الأسرة ( م ٨٥١ مدنى ) واتفاق التحكيم ( م ٨٢١ مرافعات ) والشركات التجارية ( م ٤٠ و ٤٦ تجارى ) وشروط استخدام قبودان السفينة وضباطها وملاحها ( م ٦٥ بحرى ) وعقد إيجار السفينة ( م ٩٠ بحرى ) وعقد التأمين البحرى ( م ١٧٤ بحرى )<sup>(١)</sup> . فإذا لم يوجد اتفاق أو نص ، فالقاعدة هي

---

= شخص بما يزيد على خمسة آلاف فرنك ، فلا يجوز له الإثبات بالينة حتى لو أنقص طلبه الأصل ( يوافق هذا الحكم حرف (ج) من المادة ٤٠١ من التفتين المدنى المصرى ) — م ١٣٤٤ : لا يجوز الإثبات بالينة في طلب ولو قل من خمسة آلاف فرنك ، إذا ظهر أن هذا الطلب هو الباقي أو هو جزء من حق أكبر لم يثبت بالكتابة ( يوافق هذا الحكم حرف (ب) من المادة ٤٠١ من التفتين المدنى المصرى ) — م ١٣٤٥ : إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ، لم يتم على أيها دليل كتابي ، وكان مجموع هذه الطلبات يزيد على خمسة آلاف فرنك ، فلا يجوز الإثبات بالينة . حتى لو قرر المدعى أن هذه الطلبات تولدت من مصادر متنوعة ونشأت في أوقات مختلفة ، إلا أن تكون حقوقاً انتقلت إليه بطريق الميراث أو الهبة أو غير ذلك من أشخاص متعددين ( يخالف هذا الحكم حكم الفقرة ٣ من المادة ٤٠٠ من التفتين المدنى المصرى ) — م ١٣٤٦ : جميع الطلبات التي ليس عليها دليل كتابي كامل ، أيما كان مصدرها ، يجب دفعها في دعوى واحدة . ولا يقبل به ذلك أى طلب لا يكون عليه دليل كتابي ( يخالف هذا الحكم أحكام القانون المصرى ) .

(١) وكان التفتين المدنى السابق ( م ٤٤٦/٢٦٣ ) يوجب أن يكون إثبات هذه الإثبات بالكتابة ولو لم يجاوز قيمته عشرة جنهات . هذا أما الحبة والقرن الرسمى والقرن وبيع السفينة صرغلت شكلية ، الكتابة فيها لا تصادق لصرف لا غيرها إثباته .

ما قلتمنا<sup>(١)</sup> . ويقتضى الأمر إذن أن نبحث مسألتين : (أ) كيف نحدد التصرفات القانونية المدنية التي تسرى عليها هذه القاعدة . (ب) كيف نحدد قيمة الالتزامات شئة عن هذه التصرفات لئلا نرى هل تزيد على عشرة جنيهات أو لا تزيد عليها .

## ١٥ - تحديد التصرف القانوني

١٩٢ - **الاتفاقات والعقود** : تسرى القاعدة المتقدم ذكرها على جميع التصرفات القانونية المدنية . فهي إذن لا تسرى على الوقائع المادية ولا على التصرفات القانونية التجارية كما تقدم القول<sup>(٢)</sup> .

وبدخل في التصرفات القانونية المدنية جميع الاتفاقات والعقود ، أيا كان الأثر الذي يترتب عليها .

فتدخل العقود والاتفاقات التي تنشئ الالتزام أو تنقل الحق المعنى ، كالبيع والقرض والإيجار والمقاوله والوكالة والعمارة والوديعة<sup>(٣)</sup> والوعد بالبيع

(١) رضى من البهان أن التصرف القانوني ، إذا كانت الكتابة واجبة في إثباته ، يلحق أيضاً في هذه الحالة بالإقرار وبالمعين (استئناف مخطوط ٦ يونية ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٨ - ١٣ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣١ - ٧ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٠٩ - ٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٦٧ - ٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٥ - أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٥ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١١ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٩ - ٢٧ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٨٧ - ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٥ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤٧ .

(٢) أما التصرف المفق ، ولو كان بين تاجرين ، فيدخل في القاعدة (استئناف مخطوط ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٣ - ٢٤ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٢) .

(٣) أما الوديعة الاضطرارية فتثبت بجميع الطرق لوجود المانع من الكتابة ، وسيأتي بيان ذلك . وفي خصوص الوديعة الاختيارية ، يلاحظ أن المادة ١٣٤١ من التقنين المدني الفرنسي ذكرتها صراحة . والسبب في ذلك أن أرس مولان (Moullan) الذي سبقته الإشارة إليه كان مادياً يعمل الوديعة وغيرها من التصرفات ، ولكن لما كان المودع عنده شخصاً متفضلاً بغير عادة بحفظ الوديعة ، فيعرج المودع أن يطالبه بوثيقة مكتوبة لإثبات الوديعة ، فقد قيل في ذلك الوقت إن الوديعة لا يلزم في إثباتها الكتابة ، فجاء أرس سنة ١٦٦٧ يذكرها صراحة على أنها داخلة في القاعدة وأن الكتابة لإثباتها واجبة ، حتى يزيل هذا الجس . وانتقل هذا النص ليرجع إلى المادة ١٣٤١ (بوتيه في الالتزامات بقرة ٧٨٧ - بوردو وبارد ٤ بقرة ٢٥٢٣) .

أو بالشراء وغير ذلك من العقود والاتفاقات الملزمة للجانبين أو الملزمة لجانب واحد .

كما تدخل العقود والاتفاقات التي تقضى الالتزام أو تنقله ، كالوفاء والتجديد (١) وحوالة الحق وحوالة الدين (٢) .

كما تدخل العقود والاتفاقات التي تحدث أى أثر قانونى آخر ، كالاتفاق على تأجيل الدين ، أو إضافة شرط له ، أو إلغاء شرط فيه ، أو النزول عن جزء منه ، أو الاتفاق على فوائد للدين أو إقصاها أو زيادتها أو إلغائها ، أو الاتفاق على إعطاء تأمين بالدين كرهن أو كفالة ، أو الحلول الاضطرارى .

وقد قلنا أن القانون يتطلب ، فى بعض الأحوال ، فوق الكتابة ، شكلاً خاصاً كالرسمية ، ويكون هذا الشكل ضرورياً ، لإثبات العقد فحسب ، بل أيضاً لانفاذه ، وذلك كالحبة والرهن الرسمى . وقد يكون مجرد الكتابة ، ولو حرفية ، ضرورية لانقضاء العقد لإثباته فحسب ، وذلك كعقد الشركة (م ٥٠٧) . وقد تكون الكتابة لازمة لإثبات العقد أى كانت قيمته ، وليست لازمة لانفاذه ، وذلك كالصلح والتحكيم . ومن ذلك زى أن العقد قد يشترط لانقضاء كتابة رسمية ، أو كتابة حرفية ، وقد تكون الكتابة لازمة لإثبات العقد لا لانقضاء ، نارة فى جميع الأحوال ، وطوراً فيها يجاوز عشرة جنيهات (٣) .

---

(١) وقد فُتحت محكمة النقض بأن الاستبدال (التجديد) حقيقة قانونية إن صح القول فيها بأنها لا تفترض كإفساخ ذلك فى المادة ١٢٧٣ من القانون الفرنسى ، ليس من الحقائق المركبة التى كما يمكن إثباتها بالكتابة الصريحة يصح إثباتها بطريق الاستنتاج كإثبات الكتابة تعزده القرائن وظروف الأحوال المألوفة له (نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٣٧ المبرومة الرسمية ٢٨ رقم ١٠ ص ١٢) .

(٢) وكذلك الإبراء فى التفتين المدنى السابق ، إذ كان يتم بالاتفاق ، لا بالإرادة المفردة كما هو الأمر فى التفتين المدنى الجديد .

(٣) وقد قلنا أنه إذا كان التصبر عن الإرادة فى العقد يستنتج من وضع المادى ، وجب التمييز بين التصبر عن الإرادة فى ذاته ، ويمكن فيه هذا الوضع المادى ، وبين إثبات هذا التصبر ، ولا يجوز إلا بالكتابة فيما يجاوز المصايب . ومن ذلك القسمة ، والحبة الهدوية والوكالة القسمة (يهان وبيرو ٩ فقرة ١٢٥٩ ص ٣٤٠ - ص ٣٤١ أحكام القضاء الفرنسى على أهم إلها فى هذا المرجع - بلامبول وديفيو ونيلور ٧ فقرة ١٥١٧) .

### ١٩٣ - التصرفات القانونية الصادرة عن ارادة منفردة : ولا يقتصر

سريان القاعدة على العقود والاتفاقات التي تم بإرادتين متوافقتين ، ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد ، بل تسري القاعدة أيضاً على كل تصرف قانوني ولو كان صادراً عن إرادة منفردة . ويرجع ذلك إلى أن كل تصرف قانوني - إرادة كان أو أكثر - يمكن إحصاء الدليل عليه مقدماً ، فهو قابل للدليل المهيأ (præve præconstituée) ، ومن ثم اشترط القانون في إثباته الكتابة إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات<sup>(١)</sup> .

(١) لاروسبيير ١٣٤١ م ٦ - فقره ٦ - ديمولوب ٣٠ فقره ١٤ - لوزان ١٩ فقره ٤٠٦ - هيك ٨ فقره ٢٨ - أوبري ورو ١٢ فقره ٧٦٢ حاشي رقم ١ - بودي وبارد ٤ فقره ٢٥٢٢ - بلانيول وبيير وجابوله ٧ فقره ١٥١٧ - بيسان ورو ٩ فقره ١٢٥٩ ص ٣٤٥ - وقد ورد عكس ذلك خطأ في الموجز ص ٦٩٨ .

هذا وقد قلنا ، في تاريخ نص المادة ٤٠٠ ، أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة « الالتزام المتعلق » ، فنجرت هذه العبارة في لجنة المراجعة بعبارة « التصرف القانوني » حتى يتناول الحكم ، لا العقود فحسب ، بل ينسحب أيضاً على سائر التصرفات القانونية ، ولا يخرج من نطاقه إلا الوقائع المادية والتصرفات التجارية . وكان المشروع الأولي للجانبات ( ٢٢ م ) يذكر عبارة « التصرف القانوني » ، التي عدل فيها إلى عبارة « الالتزام المتعلق » في المشروع التمهيدى ، ثم صححت العبارة في المشروع النهائي كما تقدم القول ( انظر في هذه المسألة الأساطذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥٢ حاشي رقم ٢ ) .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يلى : « ويشترط تطبيق الحكم الوارد في المادة ٣٨٨ من المشروع توافر شرطين : يتعلق أولهما بطبيعة التصرف الذي يجري إثباته ، ويتصل الثاني بقيمة هذا التصرف . ويراعى بالنسبة للشرط الأول ، وهو الخاص بطبيعة التصرف ، أن التفتين الفرنسي ( ١٣٤١ ) قد استعمل في معرض بيان هذه الطبيعة عبارة « كل شيء » وأن التفتين المصرى ( السابق ) قد جعل من اصطلاح « جميع المواد » بديلاً من هذه العبارة ، في حين انصرف المشروع الفرنسي الإبطال على ذكر « العقود » . وقد أثر المشروع الإيضاح عن مراده ، فصرف النص إلى « جميع الالتزامات المتعلّقة » ( ثم عدلت به ذلك في لجنة المراجعة فصارت « التصرف القانوني » ) . على أن الفقه والقضاء قصر مطلقاً على أن عبارة النص لا تتناول العقود فحسب ، بل ينسحب سحبا على سائر التصرفات القانونية ، فلا يخرج من نطاقها إلا الوقائع القانونية . ونحن من الجبان أن التصرف القانوني ينصرف إلى كل شيء من الإرادة يقصده من إلى ترتيب أثر قانوني . وهو بهذه النظرة لا يقتصر على العقود فحسب ، بل يشمل الإرادة المنفردة كالإيجاب والتبطل والعتزل من حق إرفاء والإجازة . وبدعى أن صاحب الحق لا يبنى بنية الدليل وقت انقضاء التصرف القانوني ما لم يكن قد قصد به إلى ترتيب آثار قانونية لصاحبه . أما الوقائع القانونية ، وهي التي يستل القانون بترتيب آثارها ويلتزم معها »



تقضى القاعدة إذن على الإيجاب الملزم ، والقبول ، والوعد بمجاعة ، والإجازة (confirmation) ، والإقرار (ratification) ، والاعتراف بدين طبيعي . والإقرار بالدين ، والإبراء في التقنين المدنى الجديد ، وقبول المتع في الاشتراط لمصلحة الغير ، وقبول الغير في العهد عن الغير ، وفسخ العقد ، وإلغائه إذا كان غير محدد المدة كما في الإيجار والوكالة والعارية والوديعة ، واستعمال حق الخيار في الالتزامات التخيرية ، والرجوع في الهبة ، والتزول عن حق متى كسح الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن ، والتزول عن الشفعة ، واعتماد الحساب ، والتنبية بالاحتماء .

عل أن هناك تصرفات قانونية بارادة مفردة يتطلب القانون فيها شكلا خاصاً لاتتمامها ، لا إثباتها فحسب ، وذلك كالإعذار (م ٢١٩ مدنى) ، وعرض الدين على الدائن (م ٣٣٤ - ٣٤٠ مدنى)<sup>(١)</sup> ، وتطهير العقار (م ١٠٦٥ - ١٠٦٦ مدنى) ، والأخذ بالشفعة (م ٩٤٢)<sup>(٢)</sup> .

= دون أن يسمى إلى ذلك ، فمن المستحيل في الأصل أن يثبت دليل كتابي بشأنها . ولذلك أبى إثبات هذه الوقائع بالهبة ، سواء أكانت منشئة لأشياء مقبوضة أو جنيح أو أشياء جنيح . وتستخلص من ذلك نتيجةان : أ - (أولاهما) أن الوقائع المادية لا يبنى أن تذكر بين الاستثناءات التي ترد على الحكم المتقدم ذكره ، لأن هذا الحكم لا يسرى بشأنها . وقد ساء تقنين القرنى والتعنين الإبطال (م ١٣٨٤) من جادة المنطق بإزاء الالتزامات الناشئة عن أشياء المقبوضة والجنيح وأشياء الجنيح ، بوصفها أمثلة لهذه الاستثناءات . ب - (والثانية) يدخل في الاستثناء التصرفات القانونية غير المحيطة القيمة (انظر المادة ٢١٥/٢٨٠ من التقنين المصرى) والتصرفات القانونية التي أوجب القانون بالنسبة لإثباتها بالكتابة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٦ - ٣٩٧) .

(١) محكمة أسبوط الكلية (دائرة استئنافية) ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٨ - محكمة ملوى ٦ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١٩ .

(٢) ويميز القضاء الفرنسى بين التصرف القانونى في ذاته وبين مشيئته . ففى ثبت التصرف القانونى بالدليل الواجب قانوناً ، أمكن إثبات مشيئته بالهبة وبالقرائن . ويقول بيدان ورو (٩ فقرة ١٢٦٤) أن الأمر واضح إذا ثبت التصرف باقرار المدعى أو إذا وجد مبدأ أثبت بالكتابة فانه يمكن حينئذ تكملة الدليل - بإثبات المشيئته - بالهبة وبالقرائن . أما إذا ثبت التصرف بالدليل الكتابى الكامل - فكيف يمكن إثبات المشيئته بالهبة وبالقرائن فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ؟ هنا يمكن القول بالتمييز بين المشيئته المادية (contenu matériel) لقرينة المكتوبة ، وهذه لا يجوز إثبات ما يخالفها أو يجاوزها إلا بالكتابة ، والمشيئته لصورية (contenu intellectuel) أي تفسير المشيئته المادية وتعميده معاً ، فهذه يمكن إجراؤها بالهبة وبالقرائن (بيدان ورو ٩ فقرة ١٢٦٤ ص ٣٤٧) .

## § ٢ - تحديد قيمة الالتزام

١٩٤ - نصاب البينة عشرة جنيهات : حتى يجوز إثبات التصرف القانوني بالبينة أو بالقرائن ، يجب ألا تزيد قيمة الالتزام على عشرة جنيهات مصرية . وهذه القيمة هي ذاتها التي كان التقنين المدني السابق قد حددتها ، لم يزد التقنين الجديد بالرغم من أن قيمة العملة قد نقصت كثيراً عن ذي قبل . وكان التفكير قد اتجه ، في لجنة المراجعة ، إلى رفع هذا النصاب إلى عشرين جنياً . ولكن عدل عن ذلك واستبقى النصاب كما هو ، عشرة جنيهات . ومعنى ذلك أن النصاب قد زل ، في الحقيقة ، بانخفاض قيمة العملة ، إلى أقل من الربع ، وبرر ذلك انتشار التعليم في البلاد . وقد رأينا أن استبقاء نصاب البينة في هذا المستوى المنخفض حل المشرع على أن يبيع الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث تكون الكتابة لازمة ، وسرى كذلك ، ولنفس السبب ، أن تقدير قيمة الالتزام في التقنين الجديد ينظر فيه إلى أصل الالتزام دون ضم الفوائد والملحقات ، وأن الدعوى إذا اشتملت على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة فلا تضم هذه الطلبات بعضها إلى بعض بل تبقى البينة جائزة وكل طلب لا يزيد قيمته على عشرة جنيهات .

وقد ألزمت التقنينات المدنية العربية الأخرى نصاباً مماثلاً . فالنصاب في التقنين المدني العراقي عشرة دنانير ، وفي التقنين المدني للمملكة المتحدة البينة عشرة جنيهات ، وفي قانون البينات السوري مائة ليرة ، وهذه قيم تقارب كثيراً مع قيمة النصاب في التقنين المدني المصري . أما في تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني فالنصاب أقل كثيراً ، إذ هو خمس وخمسون ليرة .

وكان النصاب في القانون الفرنسي القديم مائة جنيه . ثم نقص في تقنين نابليون إلى مائة وخمسين فرنكاً بسبب انتشار الكتابة . ولما زلت قيمة العملة ، رفع النصاب إلى خمسمائة فرنك بقانون صدر في أول أبريل سنة ١٩٢٨ ، ثم إلى خمسة آلاف من الفرنكات بقانون صدر في ٢١ من فبراير سنة ١٩٤٨ ،

وقد تقدم ذكر ذلك<sup>(١)</sup>.

وقد يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود . فيسبل عندئذ تحديد قيمته .  
وإذا كان النقد أجنبياً حول إلى نقد مصرى بسمه وقت صدور التصرف القانونى  
لا وقت المطالبة .

وإذا كان محل الالتزام شيئاً غير النقود ، قدر القاضى قيمته وقت صدور  
التصرف لا وقت المطالبة ، دون أن يتقيد فى ذلك بتقدير المدعى ، وله عند  
الحاجة أن يستعين بخبير . فإذا طالب المدعى بأتمة أو أثبات مثلاً أو دعه عند  
المدعى عليه ، وقدرها بعشرة جنيهات أو أقل ، ومن ثم طلب إثبات الوديعة  
بالينة ، وعارض المدعى عليه متسكاً بأن الأثاث المدعى به هو ملكه وأنه  
لو صحت الوديعة فإن قيمة الأثاث تبلغ أكثر من عشرة جنيهات فلا يجوز إثبات  
الوديعة بالينة ، فللقاضى فى هذه الحالة أن يعين خبيراً لتقدير قيمة الأثاث وقت  
إبرام عقد الوديعة لا وقت رفع الدعوى<sup>(٢)</sup>. وفى حين التيقية وقت إبرام العقد ،

(١) ودرج النصاب أيضاً ، بقانون ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٩ ، إلى عشرة آلاف من الفرنكات  
فيما يتعلق بالمدفوعات التى تقوم بها الدولة والأشخاص المنصبة العامة . هذا وقد جاء فى المذكرة  
الإيضاحية لمشروع التمهيد ، استعراضاً لقيم المضاربة النصاب فى التشريعات المختلفة ، ما يأتى :  
وأما الشرط الثالث فهو يتعلق بالقيمة التى تعبر نصاباً للشهادة . وقد حدد المقتضى الفرنسى والمقتضى  
البلجيكي هذه القيمة بمائة وخمسين فرنكاً ، وحددها المقتضى الإيطالى بمئىة ليرة . ثم زيدت  
إلى خمسمائة فرنك بمقتضى القانون الصادر فى سنة ١٩٢٨ فى فرنسا ، وإلى ألفى ليرة بمقتضى المرسوم الصادر فى  
بمقتضى القانون الصادر فى سنة ١٩٣٨ فى بلجيكا ، وإلى ألفى ليرة بمقتضى المرسوم الصادر فى  
٢٠ سبتمبر سنة ١٩٢٢ فى إيطاليا . وجعلها المشروع الفرنسى الإيطالى ( ٢٩٣ م ) ألفى ليرة  
أو فرنك . والواقع أن شروط قيمة النقد أنفسى فى الدول التى حددت نصاب الشهادة بمبلغ مائة  
وخمسين فرنكاً إلى المئولة دون تطبيق الأحكام المتعلقة بالإثبات بالينة عملاً . ولم يبلغ ما طرأ  
على قيمة النقد المصرى من التغيير مبلغ ما أساب النقد فى أوروبا ، ولهذا لم ير المشرع وجباً  
لرفع نصاب الإثبات بالينة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٧ ) . وقد رأينا أن لجنة  
المراجعة ، بالرغم مما جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد ، قد فكرت فعلاً فى رفع  
نصاب الينة إلى مئتين جنياً ، ولكنها عدلت عن ذلك للاختبارات التى فشتها .

(٢) كذلك إذا تسلك أحد المصالحين ببيع العقد طالباً بصوى لا يجوز التصيب وطب  
الإثبات بالينة ، جاز للمصالح الآخر أن يفرض فى تقدير الصوى ، وأن يحسب بأنه من لو  
ثبت وجود العقد ، فإن الصوى يجوز التصيب فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة . أما إذا طالب  
المدعى بقيمة شرط جزئى يقول إنه لا يجوز التصيب ، فلا يجوز للمدعى عليه أن يفرض فى صفة =

فلا عبرة بما بطرأ عليها بعد ذلك من نقص أو زيادة<sup>(١)</sup> .

أما إذا كان الالتزام غير محدد القيمة كدعوى تقديم حساب لا يعرف بعد رصيده<sup>(٢)</sup> ، فإنه لا يجوز الإثبات هنا بالبينة أو بالقرائن ، ويعتبر الالتزام غير محدد القيمة كالاتزام الذي تزيد قيمته على عشرة جنهات فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة .

### ١٩٥ - العبرة بقيمة الالتزام وقت صدوره لتصرف لا وقت

المطالبة : وقد رأينا فيما تقدم أن العبرة بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة . وهذا هو الحكم الذي يتفق مع طبائع الأشياء . ذلك أن الدليل الكتابي المطلوب فيما تزيد قيمته على عشرة جنهات هو دليل مهيأ يجب

---

هذه التبعة ، وإلا كائن مسلماً بوجود العقد . فلا مناص إذن من التسليم مؤقتاً بقول المدعي وإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات قيمة الشرط الجزائي ، فإن تبين من التحقيق أن التبعة تزيد على النصاب لم تقبل البينة في إثباته (أوبري ورو ١٢ نظرة ٧٦٢ ص ٣٢٣ وحاشي رقم ٢٣) .

والعبرة بقيمة ما يبقى في ذمة المتهمة وقت التزامه . فإذا تم البيع بشئ قدره مائة جنهات دفع نصفه فوراً ، فالعبرة بالنصف الذي يبقى في ذمة المشتري وقت العقد لا بكل الثمن ، لأن هذا النصف فقط هو الذي كان يخشى إنكاره وكان ينبغي الاحتياط لإعداد الدليل عليه (بودري وبارد ٤ نظرة ٢٥٣٢ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٥٥) .

وفي إثبات حقه الممنوع تكون العبرة بقيمة الشيء الموهون لا بقيمة القرض (جنح مصر المختلطة ٢ أغسطس سنة ١٩٣٨ الحاماة ٢٠ رقم ١٤٨ ص ٢٩٧ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٠٤ حاشي رقم ١ - محكمة الاسكتندرية الوطنية ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٩ الحاماة ١٠ رقم ٩٦ ص ١٨٦) .

وفي إثبات حقه المكفالة تكون العبرة بالمبلغ المكفول . وقد قضت محكمة تمييز العراق بأن المكفالة تنجح في أمر إثباتها أصل المبلغ المكفول به ، فإن كان ما تجوز الشهادة فيه قبلت ، وإلا فلا (القرار المرقم ١٠١٠/ص/١٩٤٨ مجلة القضاء ٦ عدد ٢٥١ ص ١٠٥ - الأستاذ حسين المؤذن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٢٩٩) .

(١) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٥٥ - ص ٣٥٦ .

(٢) ومثل ذلك أيضاً إيفاع مستندات غير محددة التبعة ، كشهادة طيبة أو طمينة (الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥٤ وحاشي رقم ٣ - قانون استئناف أهل ٢٧ يناير سنة ١٩١٤ شرائع ١ رقم ١٨٥ ص ٢٣٢) . ومثل ذلك أميراً حق الشخص في البناء على أرض ، فهو غير محدد التبعة ، ولو كانت الأرض لا تزيد قيمتها على عشرة جنهات (قانون بودري وبارد ٤ نظرة ٢٥٢٦ ص ٢٢١ حاشي رقم ٤) .

إعدادة مقدماً عند صدور التصرف . فلا يستطيع الدائن إلا أن يقف عند هذا الباب - شريطة ما إذا كان واجباً عليه إعداد هذا الدليل <sup>(١)</sup> .

وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٤٠٠ ، فقد رأينا أنها تقضى بأن « بقدر الالتزام وقت صدور التصرف » <sup>(٢)</sup> . ومن ثم فالعبارة ليست بما يطلبه المدعى وقت رفع الدعوى أو بعد رفضها ، بل بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف .

ويترتب على ذلك نتيجتان أساسيتان : (الأولى) أن المدعى إذا طالب بمبلغ أكبر من عشرة جنيهات على أساس تصرف قانوني قيمته وقت صدوره لا تزيد على عشرة جنيهات ، جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن . (والثانية) أن المدعى إذا طالب بمبلغ لا يزيد على عشرة جنيهات على أساس تصرف قانوني تزيد قيمته وقت صدوره على عشرة جنيهات ، لم يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن بل وجب تقديم دليل كتابي .

### ١٩٦ - النتيجة الأولى - المطالبة بأكثر من عشرة جنيهات على

أساس تصرف قيمته لا تزيد على عشرة جنيهات : رأينا أن الإثبات هنا يجوز أن يكون بالبينة وبالقرائن ، لأن العبارة بالقيمة وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة . ويضرب على ذلك المسائل الآتية :

(١) تقضى الفقرة الثانية من المادة ٤٠٠ من التقنين المدني بأنه : «يجوز الإثبات بالبينة (وبالقرائن) إذا كانت زيادة الالتزام على عشرة جنيهات لم تأت الا من ضم القوائد والملحقات الى الأصل » . فهنا لا تزيد قيمة الالتزام وقت صدور

---

(١) انظر في المصالح من هذا المبدأ في القانون الفرنسي أوبري ودرور ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٢١٩ هامش رقم ٢٤ .

(٢) وكانت المادة ٢٨٠/٢١٥ من التقنين المدني السابق تنص على أنه « إذا كان المدعى به » وهذه العبارة توهم أن العبارة بالقيمة وقت المطالبة . ولكن النص كان يفسر ، مع ذلك ، بأن العبارة بالقيمة وقت صدور التصرف . وقد تجنب النص الفرنسي لهذه المادة الجس الذي وقع فيه النص العربي ، فقد كان يجري على الوجه الآتي :

Quand il s'agit de sommes ou valeurs supérieures à 1000 P. T....

التصرف على عشرة جنهات . ومن ثم يكون من حق الدائن الإثبات بالينة وبالقرائن ، ولو طالب المدين بأزيد من عشرة جنهات إذا كانت هذه الزيادة إنما أنت من ضم مصروفات الدين وفوائده إلى أصله . إذ العبرة بقيمة الالتزام في أصله وقت صدور التصرف ، وهذه القيمة لا تزيد على عشرة جنهات ، ولا يحسب ما يضاف إلى هذا الأصل من ملحقات وفوائد<sup>(١)</sup> . ولو قلنا بشير ذلك لكان في هذا القول بعض الحرج على الدائن . ويكفى أن نفرض أن الدائن أقرض المدين تسعة جنهات بفائدة ٧/١٠ لمدة سنة واحدة . فن حق هذا الدائن أن يعتمد في إثبات حقه على الينة والقرائن ، وليس عليه أن يحصل على دليل كتابي ، فإن أصل الدين تسعة جنهات ، بل إن أصل الدين وفوائده لمدة السنة لا تزيد كلها على عشرة جنهات . فإذا استعمل المدين الدائن في سداد الدين سنة أخرى وقبل الدائن ، كان مجموع الدين وفوائده في نهاية السنتين أكثر من عشرة جنهات . فإذا نحن لم نقصر على أصل الدين في حساب نصاب الينة ، بل ضمنا إلى الأصل الفوائد ، لما جاز الإثبات بالينة في هذه الحالة .

ويذهب التقنين المدني الفرنسي ( م ١٣٤٢ ) في هذه المسألة مذنباً آخر . فهو ، إمعاناً منه في كراهية الإثبات بالينة ، يقضى بضم الملحقات والفوائد إلى الأصل في حساب نصاب الينة . ففي المثل المتقدم ما دام القرض وفوائده لمدة السنة - ومجموع ذلك كان معلوماً للدائن منذ صدور عقد القرض - لا يزيد على نصاب الينة ، فلا عليه أن يغفل كتابة سند بالدين إذ له أن يعتمد في إثبات حقه على الينة . أما إذا رضى بتأجيل الدين سنة أخرى ، فأصبح مجموع الأصل والفوائد يزيد في نهاية السنتين على نصاب الينة ، فقد كان عليه وقت أن رضى بالتأجيل أن يشترط لذلك كتابة سند بالدين وفوائده لأنه لم يعد يستطيع الإثبات بالينة بعد التأجيل . وأما الفوائد التي لا تستحق إلا بعد رفع الدعوى فهذه لا تقم

(١) قانون المورجس المؤلف ص ٦٩٩ . ولم يكن في التقنين المدني السابق نص مماثل للفقرة الثانية من المادة ٤٠٠ من التقنين المدني الجديد ، فكان الفقه يميل إلى الأخذ بحكم القانون الفرنسي ، وسرى أن هذا الحكم يقضى بضم الملحقات والفوائد لحساب نصاب الينة . فإذا احتجنا أن التقنين الجديد قد استحدث الحكم القاضي بدم الفهم ، فإن هذا الحكم الجديد لا يسرى إلا على التصرفات التي تفتت سنة ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ سريان التقنين الجديد .

الى الأصل في حساب النصاب ، لأنها لم تكن معروفة ولا يمكن معرفتها وقت صدور التصرف<sup>(١)</sup> .

والحكم الذى أورده التقنين الملىى المصرى الجديد فى عدم ضم الفوائد والملاحقات الى الأصل ، وخالف به حكم التقنين الملىى الفرنسى ، منقول عن المشروع الفرنسى الإيطالى ، وهو أيسر فى حساب النصاب وأقرب الى للنطق ويزاين فى الوقت ذاته مستوى النصاب المنخفض كما تقدم القول<sup>(٢)</sup> .

(١) دبرانتون ٨ فقرة ٣١٩ - لاروسير ٥ م ١٣٤٢ فقرة ١ - أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧١٢ ص ٣٢١ وهاش رقم ٢٧ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٤٢ .  
وفى القانون الملىى الفرنسى ، إذا كان هناك شرط جزائى من التأخير ، فم الى الأصل فى حساب النصاب لأنه كان معروفاً منذ صدور التصرف . أما التسوية من التأخير الذى يقدوه القاضى فلا يضم الى الأصل ، لأنه لا يكون معروفاً وقت صدور التصرف ( أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧١٢ ص ٣٢٢ وهاش رقم ٣٠ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٤٤ ) .

(٢) تارن الأستاذ أحد نشأت ١ فقرة ٥٩ - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « فترسز الفقرة الثانية لتقدير قيمة الالتزام عند الإثبات . ويرامى أن التقنين الفرنسى ( المواد ١٣٤٢-١٣٤٥ ) والتقنين الإيطالى ( المواد ١٣٤٢-١٣٤٦ ) والمشروع الفرنسى الإيطالى تناولت جميعاً بيان الأحكام التى تتبع فى تقدير قيمة الالتزام الذى يراد إثباته الدليل بشأنه . بيد أن التقنين الفرنسى والتقنين الإيطالى والتقنين الهولندى تقرر جميعاً إضافة الفوائد الى أصل الدين عند تقدير قيمة النزاع ، بينما ينص المشروع الفرنسى الإيطالى على جواز الإثبات بالبينة حيث لا تجاوز هذه القيمة نصاب الشهادة إلا من جراء إضافة الفوائد الى أصل الدين . وفى من البيان أن قلص الفوائد فى هذا المشروع بضمير أدنى إلى القفل والمطلق ، لأن تقدير وجوب الحصول على دليل كتابى مهماً ينبى أن يطاق بقيمة التصرف عند انعقاده . ولذلك نعت الفقرة الثانية من المادة ٥٣٨ من المشروع على قاعدة وجوب الرجوع الى قيمة الالتزام وقت تمام انعقاده ، فبمثل ذلك أصل الدين دون الملاحقات مناطا بالتقدير . ويلاحظ أن هذه الفقرة تتشبه مع نصوص المادة ٢٨/٣٠ من تقنين المرافعات المصرى الخاصة بتقدير قيم الدعاوى لتعيين الخصصاص النوعى » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٩ ) . هذا ويلاحظ أن المادة ٣٠ من تقنين المرافعات الجديد تقضى بأنه « فى الأخرى التى يبين فيها القانون اختصاص المحكمة على أساس قيمة موضوع الدعوى ، تقدر هذه القيمة باعتبارها يوم رفع الدعوى ، ويشمل فى التقدير ما يكون مستحقاً يومئذ من الفوائد والتضمينات والمصاريف وغيرها » من الملاحقات المقدرة القيمة . . وضم الملاحقات الى الأصل فى تقدير قيمة الدعوى يوم رفعها أمر منقول ما دامت الملاحقات مقدرة القيمة ، فى يوم رفع الدعوى يقدر الملقى قيمة ما يحميه . أما فى الإثبات ، فالدين يقدر قيمة ما يحميه يوم صدور التصرف القانونى لا يوم رفع الدعوى ، ينبى الوقوف عند التاريخ الأول دون الثانى فى معرفة ما إذا كان الدليل الكتابى لازماً أو غير لازم .

(٢) لو أن شركة محاصة - وتخضع في الإثبات للقواعد العامة - كان رأس مالها لا يزيد على عشرة جنيهات ، وكان ربع أحد الشركاء من هذه الشركة أكثر من عشرة جنيهات ، وطالب الشريك بهذا الربح وكان عليه أن يثبت وجود الشركة . جاز له أن يثبت وجودها بالبينة والقرائن ، ولو أن المبلغ الذي يطالب به أكثر من عشرة جنيهات . ذلك أنه يؤسس مطالبته على عقد شركة لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، والعبرة بالقيمة وقت صدور التصرف ، لا بالمبلغ المطالب به وقت رفع الدعوى<sup>(١)</sup> .

= هذا ولا يجب لقاعدة التي رسمها القنين المدني الفرنسي من ضم المصلحت إلى الأصل في حساب تصائب أنها صيرة التطبيق ، تطبيقها غير صير ، كما رأينا ، ما دامت المصلحت التي تضم إلى الأصل مطلوبة المقدار وقت صدور التصرف . ولكن الأهم عدم القسم ، فتضى مصوبات من نحو حساب الشرط الجزائي وعدم حساب التصريف التفاضلي في التصائب . ثم إن قاعدة عدم القسم ، كما بينا ، تعالج بعض التناقضات المعنى في تصائب البينة (أنظر في هذه المسألة الأستاذ ديميان مرس في أصول الإثبات ص ٣٥٩ طبع ريم - وقارن الأستاذ أحد نقاش في إثبات لفظة ٥٩ ص ٥٩) .

(١) أورد ورد ١٢ لفظة ٧٦٢ ص ٣١٩ - ص ٣٢٠ . أما إذا كانت الشركة غير متنازع في وجودها ، فالعبرة بالمبلغ المطلوب . وقد نفست محكمة باريس الجزئية بأنه إذا طالب الشريك بربحه بمبلغ لا يزيد على ألف قرش فإن من حساب شركة ، جاز له إثباته بالبينة ، ولو كان رأس مالها يزيد على ذلك ، ثم كانت الشركة غير متنازع في وجودها ، لأن الإثبات بالبينة في هذه الحالة تنحصر فائدته في مبلغ لا يزيد على الألف قرش (١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٢٩٦) .

ويجب أن يشترك عدد من الأشخاص في شراء «أوراق التصيب» ، وانثنى لا يجوز للتصائب طاعة ، ولكن الربح المأمول من الورقة يزيد كثيراً على التصائب . فهل العبرة في إثبات الشركة بدين الورقة فيجوز الإثبات بالبينة والقرائن ، أو بالربح المأمول فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة ؟ يجب الأستاذ بلانويول (٢ لفظة ١١٢٧) إلى أن العبرة بدين الورقة . وانظر في هذا المعنى : نفس فرنسي جنائي ٢ أغسطس سنة ١٩٢٧ سيرة ١٩٤١ - ١ - ١٦١ - موندية ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعي ١٩٢٧ - ٤١٤ - محكمة سيدان الابتدائية ١٠ يولية سنة ١٩٢٤ سيرة ١٩٤٥ - ٢ - ٢٤ - سيدان يرو ٩ لفظة ١٢٦٢ - والجميع في رأينا أن من الورقة ليس هو عمل الشركة ، بل عمل الشركة هو الربح المأمول ، فالعبرة به في الإثبات ، ولا يجوز إذن إثبات الشركة في ورقة التصيب إلا بالكتابة . وقد نفست محكمة استئناف مصر بجواز إثبات الشركة بالبينة وجعلت العبرة بدين الورقة - في قضية الشركة في ورقة التصيب التي رجحت عبارة الموصلة المشهورة - ولكن محكمة النقض نفست هذا الحكم ، ونفست بأن العبرة تكون بالربح المأمول لا بدين الورقة ، وإثبات الشركة في الورقة يكون بالكتابة . وجاء في أسباب حكمها ما يلي : «إذنا =



(٣) لو أن عقداً لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات لُغِلَ به المعلن ، فرجع الدائن بتعويض يزيد على عشرة جنيهات بسبب هذا الإخلال ، جاز له أن يثبت وجود العقد بالبينة والقرائن ، ولو أنه يطالب بمبلغ يزيد على عشرة جنيهات ، لأنه يؤسس طلبه على عقد لا تزيد قيمته على نصاب البينة<sup>(١)</sup>.

... كان المتعاقدون قد رموا باتفاقهم إلى غرض معين وتحقق لهم هذا الغرض بالفعل ، ثم تنازعا بعد ذلك على الاتفاق ذاته من حيث وجوده ، فإن البينة في تقدير قيمة النزاع في صدد تطبيق قواعد الإثبات تكون بقيمة ذلك الغرض ولو كانت قيمة ما ساهم فيه المتعاقدون جميعهم بما يجوز الإثبات فيه بالبينة . ولما كان الغرض من أوراق التصيب التي تصدرها الجسيمات الخيرية هو استضافة طلبة الجسيمات بجزء من المبالغ التي تجب لتنفقها في الوجوه الثلاثة ، ثم فوز مشترى تلك الأوراق بالجوائز المسماة فيها ، كان كل من يشتري ورقة مساهماً في الأعمال الخيرية وفي الجوائز التي تربحها الأوراق المسحوبة بنسبة ما دفعه من ثمن . وبهذا تعتبر الجائزة مساهمة من صاحب الورقة ببعض ما دفعه ومن المشتري ببعض ما دفعه ، وهم جميعاً راضون من بادية الأمر بأن يحصلوا هذه المساهمة عرضة للتقصية مقابل الأمل في الربح . وهذا يقترب عليه أن الورقة الرابعة بمجرد إعلان نتيجة السحب تتقلب سكاماً بالجائزة التي ربحها ، ويكون من حق حاملها أن يطالب بالجائزة نفوذاً كانت أو عيناً معينة . وإذا فالجائزة في الواقع هي موضوع الصلة والغرض المحفوظ فيه عنه مشترى الورقة وعنه الهيئة التي أصدرت ورق التصيب على السواء . أما الورقة الرابعة فهي من الجائزة ومظهرها الوحيد ، فلا تكون الجائزة مستحقة إلا بها . والقيمة المدفوعة ثمناً لها لا يكون لها عتد في وجود ، إذ هي قد صارت مستهلكة في الجوائز وفي الأفراس التي من أجلها أصدرت أوراق التصيب . ولما كانت أوراق التصيب غير اسمية ، فإن الورقة الرابعة تكون سنداً لحامله بالجائزة . وإذا كانت البينة في ملكية السندات التي من هذا النوع هي الجائزة ، فإن صاحب الحق في المطالبة بالجائزة هو من تكون بيده الورقة الرابعة . فإذا ما ادعى غيره استحقاق الجائزة كلها أو بعضها فإنه ، في غير سالتى تسرقة والضياع ، يتعين احتياط القيمة المطلوبة ، لا بالنسبة للشبكة المنقصة فقط ، بل بالنسبة إلى قواعد الإثبات أيضاً ، بحيث إذا كانت قيمة المصطفى تزيد على ألف قرش كان الإثبات بالكتابة عملاً بالمادة ٢١٥ من ( م ٤٠٠ جلد ١ ) نفس مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ بمجموعة ص ١ رقم ٣٠٣ ص ٩٥٤ . انظر في هذه القضية الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٦١ - والأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥٩ هامش رقم ١ . وانظر كذلك هذا الرأي الأستاذ عبد المنعم فريخ لصفحة ص ٢٠٦ هامش رقم ١ .

(١) ديولوب ٣٠ فقرة ٣٥ - لوران ١٩ فقرة ٤٥٢ - أوبري دورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٠ - بوردو ويلرد ٤ فقرة ٢٥٣١ . وإذا وقع دائن المستخدم سبباً على ما يستحقه المستخدم من الأجر تحت يد رب العمل ، جاز إثبات أجر المستخدم بالبينة ما دام لا يجوز نصاباً ، وما دام عقد الاستخدام ذاته غير متنازع فيه ، حتى لو كان المبلغ المحجوز عليه يزيد على نصاب البينة (بارتلت على أوبري دورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٠).

## ١٩٧ - التقدير الثاني - المطالبة بما لا يزيد على عشرة جنيات

على أساس تصرف يزيد على عشرة جنيات: العبرة هنا أيضاً ، كما تقدمنا ، بقيمة التصرف القانوني لا بالمبلغ المطالب به ، ومن ثم لا يجوز في هذه الحالة الإثبات بالبيئة والقرائن ، بل يجب تقديم دليل كتابي ، لأن قيمة التصرف تزيد على عشرة جنيات . ويتفرع عن ذلك المسائل الآتية :

(١) تقضى المادة ٤٠١ بند (ب) من التقنين المدني الجديد بأنه لا يجوز الإثبات بالبيئة (ولاً بالقرائن) ، ولو لم تزد القيمة المطالبة بها على عشرة جنيات ، إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة . فلو اقترض شخص عشرين جنياً ، وكان الوفاء بالقرض مقسطاً على أربعة أقساط متساوية مقدار كل قسط منها خمسة جنيات ، وطالب للدائن المدين بأحد هذه الأقساط وكان عليه أن يثبت عقد القرض ، فلا يجوز أن يشته بالبيئة أو بالقرائن ، ولو أنه لا يطالب إلا بخمسة جنيات ، لأنه يؤسس طلبه على تصرف قانوني قيمته وقت صدوره تزيد على عشرة جنيات ، فيكون عليه أن يمد دليلاً كتابياً لإثباته . وهذا أيضاً صحيح ولو كان القسط المطالب به هو القسط الأخير ، فالاعتبارات التي بنى عليها الحكم في الحالة الأولى متحققة في هذه الحالة ، فيكون الحكم واحداً في الحالتين<sup>(١)</sup> .

(٢) تقضى المادة ٤٠١ بند (ج) من التقنين المدني الجديد بأنه لا يجوز الإثبات بالبيئة (ولاً بالقرائن) ، إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد

(١) وهذا الحكم يطبق مع حكم التقنين المدني الفرنسي في المادة ١٣٤٤ - وكان القلف الفرنسي يجرز الإثبات بالبيئة إذا كان الجزء من الحق هو الباقي من هذا الحق ، وكان لا يجاوز نصف البيئة ، لأن الدائن لم يحدد على البيئة في أكثر من هذا القسط (بودرى وهارد ٤ فقرة ٢٢٢ - انظر أيضاً المرجع المذكور ص ١٩٩) - ولو كان مبلغ القرض عشرين جنياً ، ومات المقرض عن أربعة من الورثة ، فاقسم الدين عليهم (في القانون الفرنسي) وصار نصيب كل منهم فيه لا يزيد على نصف البيئة ، فإن الإثبات في هذه الحالة لا يجوز أن يكون بالبيئة أو بالقرائن (ديبولومب ٣٠ فقرة ٤٩ - لوران ١٩ فقرة ٤٤٥ - مسلك ٨ فقرة ٢٨٤ - لوبري دور ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٧ ملحق رقم ١٧ - بودرى وهارد ٤ فقرة ٢٥٣٣) . ولو أن قرضاً مقداره مائة جنياً ، سدد المقرض مائة فقرة ، ثم تسدد تسعة مائة الفقرة الباقية ، فإن هذا التسديد الجديد - ولا تزد قيمته على مائة جنيات - يجوز إثباته بالبيئة والقرائن (لوبري دور ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٧ ملحق رقم ١٩) .

قيمت على عشرة جنيهات ، ثم حُلل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة .  
فهنا قد أسس المدعى دعواه على تصرف قانوني يزيد قيمته على عشرة جنيهات  
وطالب بهذه القيمة ، فلا يجوز له الإثبات بالقيمة أو بالتقارن حتى لو أنقص  
بعد ذلك ما يطالب به إلى ما لا يزيد على نصاب القيمة . إذ العبارة ليست بما يطالب  
به ، بل بقيمة التصرف القانوني الذي يؤسس عليه دعواه<sup>(١)</sup> . وغنى عن البيان

« هذا وتقتضى المادة ٤٢ من تفتين المرافعات الجديد بأنه « إذا كان المطروح جزءاً من حق ،  
فثبت المدعى بقيمة هذا الجزء ، إلا إذا كان الحق كله محتازاً فيه ولم يكن الجزء المطروح بأكمله  
منه فيكون التقدير بأخبار قيمة الحق بأكمله » . وغنى عن البيان أن طريقة تقدير قيمة المدعى  
بالنسبة إلى الاعصاص التقضي تخفف من طريقة تقديرها بالنسبة إلى الإثبات ، إذ أن الغاية من  
كل من التقديرين خفيفة . وقد جرد في المذكرة الإلهامية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي :  
« أما المادتان الأربعان اللتان تشكلان القسم بينهما فيقتضيان شيئاً من التفصيل : فالمقتضى  
الفرنسي ( م ١٣٤٢ - ١٣٤٥ ) والمشروع الفرنسي الإيطالي ( م ٢٩٤ - ٢٩٧ ) حينما طريقة  
تقدير الالتزام ، حتى تكسر مراعاة النصاب الذي يجوز قبول الإثبات بالقيمة في حدوده . ولم  
يخص التفتين المدني المصري على هذه الطريقة ، ولكن تفتين المرافعات ( م ٢٨/٢٠ ) حين طريقة  
تقدير المدعى بالنسبة للاعصاص . وليس يجوز الاعتماد على تلك الطريقة في هذا الصدد لأن  
القيمة من التقدير خفيفة ، ولا أول على ذلك من مقارنة أحكام التقدير الخاصة بالإثبات بنظرها  
فيما يتعلق بالاغصاص : (١) فأحكام الإثبات تخفف من أحكام الاعصاص فيما يتعلق  
بالاجتزاء . فلذا اجتزأ المدني من دعواه بالمطالبة بعشرة جنيهات امتنع الإثبات بالقيمة ، ولت  
الاعصاص لقاضي الجزئ . على أن هذا الاعصاص لا يصل الإثبات بالقيمة جائزاً أمام القاضي  
الجزئ ، لأن مناط التقدير في الإثبات هو قيمة الالتزام بأكمله وقت نقوله . (ب) ثم إن أحكام  
الإثبات تخفف من أحكام الاعصاص فيما يتعلق بالقيمة الباقية . فالأصل ، سواء فيما يتعلق  
بالاعصاص أو فيما يتعلق بالإثبات ، أن تقدير الطلب يتطابق بقيمة الالتزام بأسره دون تجزئة أو  
تبعيض . ولكن الاعصاص يثبت لقاضي الجزئ إذا كان المطالب به هو القيمة الباقية من دين  
من كانت هذه القيمة داخلة في حدود اعصاصه ، رغم أن الدين يتألف من عدة أجزاء من هذه الحدود - أما  
الإثبات بالقيمة فلا يجوز على تقدير ذلك ، ولو كانت القيمة الباقية من الدين أقل من عشرة  
جنيهات ، من كان أصل الدين بأسره يجوز على التقدير « ( مجموعة الأساليب التمهيدية ٣  
ص ٤٠٢ - ٤٠٤ ) .

(١) ولو أن جملة القروض المستحقة من مبلغ مقرض تزيد على عشرة جنيهات ، ولم يطالب  
المقرض إلا بجزء من هذه القروض لا يزيد على عشرة جنيهات ، لم يجوز له في القانون الفرنسي  
الإثبات بالقيمة أو بالتقارن ، لأنه يستند في طلبه إلى تصرف يزيد قيمته على عشرة جنيهات ،  
ولذلك حتى لو لم يطالب بأصل المبلغ المقرض ، ما دام مجموع القروض يزيد على نصاب القيمة  
(أوروى ورد ١٢ فترة ٧٦٢ ص ٢١٨ حاشي رقم ٢٢) . أما في القانون المصري للعبارة  
بأصل المبلغ المقرض . دون أن تقسم إليه القروض كما قلنا .

أن المدعى إذا كان قد أخطأ عند رفع الدعوى في تقدير قيمة التصرف القانوني بأكثر من عشرة جنيهات ، وأدرك خطأه بعد ذلك فصحيح دعواه وجعل قيمة ما يطالب به لا يزيد على عشرة جنيهات وهو قيمة التصرف القانوني بعد التصحيح ، فإن الإثبات بالبيئة وبالقرائن جاز في هذه الحالة<sup>(١)</sup>.

(٣) لو أن النزاع انحصر في مبلغ لا يزيد على عشرة جنيهات ، ولكنه يقوم على تصرف قانوني تزيد قيمته على هذا المبلغ ، فالإثبات بالبيئة أو بالقرائن غير جاز ، إذ العبرة ليست بالمبلغ المتنازع عليه بل بقيمة التصرف القانوني المتخذ أساساً لهذا النزاع . ويأتى الفقهاء أوبرى ورو بمثل لذلك : طالب المشتري البائع بتسليم حصان قال إنه اشتراه منه بمبلغ ثلثائة فرنك ( لنقل ثلاثين جنياً ) . وسلم البائع بصور البيع منه ، ولكنه قال إن الثمن الذى اتفق عليه كان أربعائة فرنك ( لنقل أربعين جنياً ) . فهنا لا يجوز للمشتري إثبات أن الثمن كان ثلاثين جنياً بالبيئة أو بالقرائن ، ولو أن النزاع بينه وبين المشتري قد انحصر في مبلغ عشرة جنيهات هو الفرق بين الثمن الذى يدعيه والتمن الذى يدعيه البائع<sup>(٢)</sup>.

#### ١٩٨ - اشتغال المدعى على طلبات متعددة : رأينا أن الفقرة الثالثة

من المادة ٤٠٠ من التتئين المدنى تنص على أنه ، إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة ، جاز الإثبات بالبيئة في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة . وكذلك الحكم في كل وفاة لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات .

(١) وهذا الحكم يطبق مع حكم التتئين للمدعى الفرنسي في المادة ١٣٤٢ (ديجولوب ٣٠ ققرة ٤٥ - لوران ١٩ ققرة ٤٥١ - أوبرى ورد ١٢ ققرة ٧٦٢ ص ٢١٧ - ص ٢١٨ وعلش رقم ٢٠ - بومرى وبارد ٤ ققرة ٢٥٣٦ - ققرة ٢٥٣٩ - يدان روبر ٩ ققرة ١٢٩٣ ص ٢٤٤ - ص ٢٤٥) - وإذا كان المدعى ، بدلاً من إنقاصه للمبلغ الذى يطالب به ، نزل عن دعواه أصلاً ، ورفع دعوى جديدة على أساس نفس التصرف ، وقدره بمبلغ لا يزيد على عشرة جنيهات ، جاز له الإثبات بالبيئة وبالقرائن (أوبرى ورد ١٢ ققرة ٧٦٢ علش رقم ٢١) .

(٢) أوبرى ورد ١٢ ققرة ٧٦٢ ص ٢١٨ وعلش رقم ٢٢ .

وليس في هذا الحكم من جديد . فالتقروض أن هناك بين شخصين دبراً متعددة نشأت عن مصادر متعددة ، ولو كانت طبيعة هذه المصادر واحدة كأن كانت كلها عقود قرض ولكن كل عقد منها متميز عن العقد الآخر . ففي هذه الحالة يستقل كل دين بطريقة إثباته ، مادام متميزاً عن الديون الأخرى في قيمته وفي مصدره . فإذا كانت قيمته لا تزيد على عشرة جنهات جاز الإثبات بالبينة وبالقرآن ، وإلا فلا يجوز إلا الدليل الكتابي . ولا يحول دون سريان هذا الحكم أن يكون الدائن قد جمع هذه الديون وطالب بها كلها في دعوى واحدة ، فزادت قيمة المجموع على عشرة جنهات . فلا يزال كل دين منها متميزاً عن الديون الأخرى كما قلنا ، وكان الدائن يستطيع أن يرفع بكل دين دعوى مستقلة ، فيجوز له فيها الإثبات بالبينة وبالقرآن فيما لا يزيد على عشرة جنهات . فلا يغير الحكم إذا هو جمع الديون في دعوى واحدة اختصاراً في الإجراءات . كذلك لا يحول دون سريان الحكم أن يكون كل دين من هذه الديون مصدره تصرف قانوني من طبيعة واحدة ، مادام كل تصرف منها متميزاً عن التصرف الآخر ، وذلك كييع أو إيجار فيما إذا طالب الدائن المدين بأثمان مبيعات أو بأجور أعيان مؤجرة . ففي هذه الحالة أيضاً يبقى كل دين متميزاً عن الديون الأخرى ، فيجوز إثباته بالبينة وبالقرآن إذا لم تزد قيمته على عشرة جنهات<sup>(١)</sup> .

كذلك إذا كان الدين عشرين جنهاً مثلاً ، ووفى المدين جزءاً منه لا يزيد على عشرة جنهات ، سواء كان ما وفاه هو بعض الدين أو هو الجزء الباقي من الدين ، فإن المدين يستطيع إثبات هذا الوفاء الجزئي بالبينة وبالقرآن . ذلك أن الوفاء هو ذاته تصرف قانوني متميز عن مصدر الدين الموفى به ، فقسرى في إثباته القواعد التي تسرى في إثبات مصدر الدين . فإن كانت القيمة الموفى بها ،

---

(١) فلما اشترى شخص من حجر ساحة بثمانية جنهات وسلسلة ب ثلاثة ، فإن كانت الصفقة واحدة وجب الإثبات بالكتابة ، وإن كانتا صفقتين متفرقتين جازت البينة في كل منهما . أما إذا كان الطلب مكوناً من عدة أجزاء ، كل جزء منها أقل من عشرة جنهات ، ولكن المجموع يزيد على هذه القيمة ، لم تجز البينة (حكمة المنصورة ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ المحلقة ٥ رقم ٦٢١ ص ٧٥٧ - استئناف غنط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٥ م ٢ ص ٢٤٠ - ١٣ يولية سنة ١٨٩٥ م ٦٢ ص ٢١٩) .

ولو كان هذا الوفاء جزئياً ، لا تزيد على عشرة جنيات ، جاز الإثبات بالبيئة وبالقرائن . وكل وفاء جزئى آخر تصرف قانونى مستقل عن السابق وعن اللاحق . فلفظ أريد إثبات جملة من الوفادات الجزئية ، كل منها لا تزيد قيمته على عشرة جنيات ، وإن كان مجموعها يزيد على هذه القيمة ، جاز إثبات أى منها بالبيئة وبالقرائن ، كما جاز ذلك فى إثبات الطلبات المتعددة الناشئة من مصادر متعددة ولو كان منشؤها تصرفات من طبيعة واحدة بين المضموم أنفسهم كما سبق القول . ومن ثم يتميز لإثبات الدين عن إثبات وفائه . فالدين لا يجوز تجزئته لإثبات كل جزء منه لا يزيد على عشرة جنيات بالبيئة وبالقرائن ، مادام الدين فى مجموعه يزيد على هذه القيمة . أما الوفاء فالعبرة فيه ، لا بأصل الدين ، لا بل بالقدر الموفى به ، فتجاوز تجزئة الدين فى الوفاء به إلى أجزاء كل منها لا يزيد على عشرة جنيات ، وإثبات كل وفاء جزئى بالبيئة وبالقرائن<sup>(١)</sup> .

(١) وقد كان القضاء المصرى فى عهد القسطنطين الملقب السابق وهو لا يشتغل على نص صريح فى جواز إثبات الوفاء الجزئى بالبيئة إذا كان لا يزيد على عشرة جنيات ، غير مستقر فى هذه المسألة . فقصت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه يجوز لناظر الوقف أن يثبت بالبيئة أنه دفع شهرياً ما يستحقه المستحق مادام هذا الدفع لا يزيد على عشرة جنيات ، ولو كان المبلغ المذمى به مبلغاً متجمداً من عدة شعور وزياد على عشرة جنيات ( ٢٢ يولية سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٢٧ ) . ولكن قضى بعد ذلك بأنه إذا كان الدين الذى تزيد قيمته على عشرة جنيات ثابتاً بالكتابة ، فلا يجوز لدين أن يثبت بالبيئة براءة ذمته من جزء منه لا يزيد على عشرة جنيات إلا إذا ثبت ذلك على حالة استثنائية تنفيه من الكتابة كضياع سند البراءة بمحادث قهرى ( منها القسح ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المحصورة الرسمية ٨ رقم ٢٢ ) . وقضى أيضاً بأنه يجب فيما يتعلق بإثبات الدين وإثبات المخلص منها أن يكون أساس جواز الإثبات بالبيئة مبلغ الدين الأصل لا ما يرمى أنه باقى منه أو ما يرمى حصول تسديده ، وإلا لم أجمع جواز الإثبات بالبيئة فى ذلك لأن كل دين ودائن ليس بهذه كتابة أن يتخلص من أحكام المادة ٢١٥ مدنى بواسطة تجزئته للدين ( أشون الجزئية ١٤ يونية سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٦٩ — استئناف أهل ٤ أبريل سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٢٨ ) — لذلك أحسن القسطنطين الجديد صنفاً بالنص صراحة على جواز إثبات الوفاء الجزئى فيما لا يزيد على عشرة جنيات بالبيئة ( قانون الأستاذ سليمان مرقس فأصول الإثباتقرة ١٩٨ ) ، لأن القضاء المصرى فى عهد القسطنطين السابق كان يميل كما نرى إلى الأخذ بعكس هذه القاعدة ، بل إن الحكم الذى أصدرته محكمة مصر بالساح لناظر الوقف أن يثبت بالبيئة الوفاء بالاستحقاق الشهري المستحق إذا لم يزد على عشرة جنيات ، وهو الحكم المشار إليه فيما تقدم ، قد لا يستطيع القول بأنه يخالف الأحكام الأخرى التى تقدم ذكرها ، إذ يمكن أن يقال إنه هو أيضاً أخذ بقيمة الدين الأصل ، والدين الأصل هنا هو : الاستحقاق الشهري الذى لا يزيد على عشرة جنيات ، وإن كانت الاستحقاقات قد تجمعت فزاد مجموعها على هذه القيمة . —

هذا هو ما قرره التقنين المدني الجديد بنص صريح ، فأجاز كما رأينا إثبات  
الطلبات المتعددة الناشئة عن مصادر متعددة بالينة في كل طلب لا تزيد قيمته  
على عشرة جنيهات ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة .  
وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني السابق ، وهو على كل حال  
لا يبدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة<sup>(١)</sup> .

ولكن مع وضوح هذا الحكم لم يأخذ التقنين المدني الفرنسي به ، بل ذهب  
مذهباً آخر ، إيماناً منه في كراهية الإثبات بالينة وتضييقاً للخفاق على من يحاول  
التهرب من الإثبات الكتابي . قضى في المادة ١٣٤٥ بأنه إذا اشتملت الدعوى

---

= ويرتب على جواز إثبات الوفاء الجزئي بالينة إذا كان لا يزيد على عشرة جنيهات أنه إذا كانت  
جسلة القرائن المستحقة عن مبلغ مقرض لا يزيد على عشرة جنيهات ، وقام المقرض بسداده ،  
فإنه يجوز له أن يثبت هذا الوفاء بالينة وبالقرائن . ولكن إذا كان الدائن هو الذي يريد أن يثبت  
هذا الوفاء ، أو أي وفاء جزئي آخر فلهين لا يزيد على عشرة جنيهات ، حتى يتخذ من ذلك ذريعة  
لقطع التقادم أو لإجازة عقد الدين القابل للإبطال وذلك بالنسبة إلى أصل الدين الذي يزيد على  
عشرة جنيهات ، لم يجوز للدائن في هذه الحالة إثبات الوفاء الجزئي بالينة أو بالقرائن ولو أن الوفاء  
ينسب على مبلغ لا يزيد على عشرة جنيهات . ذلك أن هذا الوفاء لا تقدر قيمته بالمبلغ الموق به ،  
بل بقيمة عقد القرض الذي يراد قطع التقادم فيه أو إجازته ، وعقد القرض تزيد قيمته كما قلنا  
على عشرة جنيهات . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه إذا أراد الدائن قطع التقادم  
بإثبات دفع الدين لمبلغ في خلال مدة التقادم ، فإن العبارة في تعيين طريقة الإثبات تكون بقيمة  
ذلك الدين بصرف النظر عن قيمة المبلغ المدفوع ، لأن أثر قيمة المبلغ المدفوع يمتد إلى الإقرار  
 بقيمة الدين كله ( استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٢٨ المحصورة للرقعة ٢٩ رقم ٢ ص ٦٧ -  
المطامعة ١٨ رقم ٣٠٧ ص ٦٢٨ - انظر أيضاً : إلهي البارود ١٢ يونيو سنة ١٩٢٨ المطامعة ١٩  
رقم ١٩٤ ص ٤٣٧ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٩٨ ص ٣٦٧ ) .  
وانظر أيضاً في هذه المسألة في الفقه الفرنسي : ديولوب ٣٠ فقرة ١٩ - لوران ١٩  
فقرة ٤٥٧ - هيك ٨ فقرة ٢٨٢ - أبيري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ عاشم رقم ١٣ - بوردو  
وبارد ٤ فقرة ٢٥٤٥ - بيدان ورو ٩ فقرة ١٢٦٤ ص ٣٤٤ .

(١) وقد جاء في الموجز للوظف ، شرحاً لتقنين المدني السابق ، ما يأتي : « وإذا تعددت  
الالتزامات المتداخلة ما بين شخصين ، وكان كل منها مستقلاً عن الآخر ولا تزيد قيمته على  
عشرة جنيهات ، جاز إثبات الصفوف فيها جميعاً بالينة أو بالقرائن ، حتى لو زاد مجموعها على  
عشرة جنيهات » . ثم جاء في المداشر رقم ٧ من نفس الصفحة : « ومع ذلك انظر المادة ١٣٤٥  
من القانون الفرنسي ، ولا يوجد نص مقابل لما في القانون المصري » . (الموجز ص ٩٩٩) -  
فلان في هذه المسألة الأستاذ أحمد نشأت ١ فقرة ٧١ .

على طلبات متعددة ، لم يقم على أى منها دليل كتابي<sup>(١)</sup> ، وكان مجموع هذه الطلبات يزيد على خمسة آلاف فرنك ، فلا يجوز لإثبات بالينة ، حتى لو قرر المدعى أن هذه الطلبات تولدت من مصادر متنوعة ونشأت في أوقات مختلفة ، إلا أن تكون حقوقاً انتقلت إليه بطريق الميراث أو الهبة أو غير ذلك من أشخاص متعددين . ويبرر الفقهاء في فرنسا هذا النص بأنه أريد به أن يسد الطريق على الدائن الذى يطالب مدينه بمبلغ يزيد على خمسة آلاف فرنك ، ولكي يستطيع الإثبات بالينة وبالقرائن مجزئـ مطالبته إلى مبالغ متعددة ، كل مبلغ منها لا يزيد على خمسة آلاف فرنك ، ويزعم أنها ديون قد تولدت من مصادر متنوعة ونشأت في أوقات مختلفة ، ويتقدم لإثبات ذلك بشهادة الشهود أو بدلالة القرائن . فيمنعه القانون من ذلك ، ويلزمه في هذه الحالة بتقديم دليل كتابي ، مفترضاً أن الدين واحد ، وهو يزيد على نصاب البينة . ولاضرب بعد ذلك على الدائن ، حتى لو لم يكن الدين واحداً . وهكذا في الاحتياط أن يطلب من مدينه دليلاً كتابياً كلما تجمعت ديون في ذمة هذا المدين يزيد مجموعها على نصاب البينة<sup>(٢)</sup> . ولما كان التقنين الفرنسى حذراً إلى هذا الحد ، فقد قاده حذره أن ينتقل من هذه الخطوة إلى خطوة أخرى أبعد منها ، فأوجب في المادة ١٣٤٦ على الدائن أن يجمع كل طلباته التي لم يقم عليها دليل كتابي كامل ، أباً كان مصدرها ، فيرفع بها دعوى واحدة ، فإذا هو أخفل ديناً منها كان مستحقاً وقت رفع الدعوى ، لم تقبل منه ، بعد ذلك ، الدعوى بهذا الدين<sup>(٣)</sup> .

(١) أما إذا قام كل دين منها دليل كتابي ، ولو مبدأ ثبوت بالكتابة ، أو قام مانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها ، فإنه لا يجب في مجموع الديون (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٤ — ص ٣٢٥ وحاشي رقم ٣٦ ورقم ٣٧) .

(٢) انظر في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٤ وحاشي رقم ٣٤ .

(٣) ويقرر الفقهاء في فرنسا أن المادة ١٣٤٦ لا تقوم على أساس عدم الثقة بشهادة الشهود ، بل تقوم على أساس آخر هو منع تعدد القضايا الصغيرة التي يجوز للإثبات فيها بالينة ، وإزدحام المحاكم بها وما يستتبع ذلك من تعقيد الإجراءات وإطالة فيها بسبب الإحالة على التحقيق ، فالتضييق المفرط من المدعى أن يجمع كل قضاياها التي من هذا القبيل في قضية واحدة له من كلفة مثل هذه القضايا الصغيرة (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٥ وحاشي رقم ٣٩ — برونه وفيلارد ٤ فقرة ٢٥٤٨ ورقرة ٢٥٥٢) .

هذا وتسمى المادة ١٣٤٦ فرنسى سواء كانت الطلبات التي لم يقم على أيها دليل كتابي كامل —



ولم ير التقنين المدني المصري الجديد، ومن قبله التقنين المدني المصري القديم، ما يدعو إلى كل هذا الحلو الذي استتبع كل هذا التقييد. فسكت التقنين القديم ولم يورد نصاً مماثلاً لنص الذي رأيناه في التقنين المدني الفرنسي. ونص التقنين الجديد صراحة على الرجوع إلى القواعد العامة في هذه المسألة حتى لا يقع أي لبس فيها<sup>(١)</sup>. وإذا حاول الدائن أن يهرب من الدليل الكتابي بتجزئة الدين

= يزيد مجموعها على نصاب البيئة أو لا يزيد، وسواء كان الدين معنى من الدليل الكتابي الكامل لوجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو لوجود مانع من الحصول على الدليل الكتابي أو من تقديمه، أو كان الدين نبر معنى لسبب من هذه الأسباب. ولكنها لا تسرى على الدين التي لم تنشأ إلا بعد رفع الدعوى. وبجاء المادة ١٣٤٦ ليس رفض الإثبات بالبيئة، بل هو عدم قبول الدعوى أصلاً، وللقاضي أن يحكم بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسه (انظر في كل هذا وفي شرح المادة ١٣٤٦ بالتفصيل أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٥ - ٣٢٩ وهوامش رقم ٤٠ إلى رقم ٤٨ - بوردو وهارد ٤ فقرة ٢٥٥٢ - فقرة ٢٥٦٢ - بيدان ورو ٩ فقرة ١٢٦٣ ص ٣٤٥ - ص ٣٤٦).

وقد جاء في المادة ٨١ من قانون أصول المحاكمات المحققة العراقية أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبيئة فيما يجاوز عشرة دفاتير تكون جارية ومرعية إذا كانت المبالغ المدعى بها في الأصل مكتوبة من هذه الأقسام يبلغ مجموعها مقدار المذكور. وظهر أن هذا النص منقول - منذ هذه التشريعات المالية - من نص المادة ١٣٤٥ من التقنين الفرنسي. ولما كان التقنين المدني العراقي الجديد قد نص صراحة في الفقرة الثانية من المادة ١٣٨١ على إلغاء المادة ٨١ من قانون أصول المحاكمات المحققة من بين المواد التي ألغيت في هذا القانون، فإنه يجب الرجوع في هذه المسألة إلى الفقرة الثالثة من المادة ٤٨٨ من التقنين المدني العراقي، وهي تقرر نفس الحكم الذي يقرره نص التقنين المصري. فيجوز إذن الإثبات بالبيئة، في التقنين المدني العراقي، في كل طلب لا يزيد قيمته على عشرة دفاتير، حتى لو اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة وزادت هذه الطلبات في مجموعها على هذه القيمة. وأنظر في هذا الموضوع الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات الجزئية في الشهادة ص ٤١٥ - ص ٤٢٢).

(١) وكان للمشروع الأول الذي سبق المشروع النهائي يورد نصاً مماثلاً لنص المادة ١٣٤٥ من التقنين المدني الفرنسي. غير أنه عدل في المشروع النهائي من هذا النص، واستبدل به نص يقرر تطبيق القواعد العامة كما رأينا، وذلك توسعاً في الإثبات بالبيئة في مقابل ترك نصاب البيئة في متروكه المتخلف، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٦٣ - وانظر أثر إشغال المشروع الأول على النص المائل لنص المادة ١٣٤٥ في أصل المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي جزء ٢ ص ٧٠٤، حيث جاء ما يلي: «يد أن الإفلات من قواعد الإثبات بالبيئة يصبح جد يسر عند ما يرد النزاع على التزامات ترتب بين الخصوم أنفسهم في وقت واحد، أو التزامات ناشئة عن سبب واحد. وقد عدت التشريعات التي تقدمت الإشارة إليها إلى استثناء أحوال تمدد الالتزامات بين الخصوم أنفسهم، =

الواحد ، وهو ما أراد التقنين الفرنسي أن يتوقاه ، فإن الباب مفتوح أمام المدعى لإثبات هذا التحايل بجميع الطرق<sup>(١)</sup> .

### المطلب الثاني

لا يتبدل البيئة أو القرائن فيما يخالف الكتابة أو يحاورها

١٩٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠١ ( بنـد ١ ) من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا يجوز الإثبات بالبيئة ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيات : ( ١ ) فيما يخالف أو يحاير ما اشتمل عليه دليل كتابي<sup>(٢)</sup> » .

« أو نشرها من سبب واحد عند انتفاء الدليل الكتابي ، ألا يكون من الأنسب إقرار هذا الاستثناء كقاعدة لاحترام القاعدة نفسها » .

( ١ ) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « أما الفقرة الثالثة من هذه المادة فأحكامها تخالف أحكام المواد ١٣٤٥ من التقنين الفرنسي و التقنين الإيطالي و ١٢٣٧ من التقنين الكندي و ٢٩٧ من المشروع الفرنسي الإيطالي و ٣٠ / ٢٨ فقرة ٣ من تقنين المرافعات المصري . ولعل ذلك في أن حكم هذه الفقرة يتفق مع قاعدة تقدير الالتزام باعتبار قيمته وقت تمام انقضاءه ، كلما اتحد الخصوم وكان النزاع متعلقاً بالالتزام من طبيعة واحدة تمت في أوقات متخلطة لا في وقت واحد ، على حد تمييز التقنين الفرنسي . فكل التزام من هذه الالتزامات يجوز إثباته بالبيئة متى كانت قيمته لا تتجاوز عشرة جنيات . وقد أخذ المشروع ، تحلياً مع جواز تفريق الطلبات المتعددة ، بجواز تفريق إثبات وفاة الدين دفئاً متعددة ، فأجاز إثبات كل وفاة لا تتجاوز قيمته عشرة جنيات بالبيئة ولو كان أصل الدين يتجاوز هذه القيمة » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٩ — ص ٤٠٠ ) .

هذا وبلا حظ أن المسادة ٣٠ / ٢٨ فقرة ٣ من تقنين المرافعات القديم ، التي أشير إليها في المذكرة الإيضاحية ، قد عدلت في تقنين المرافعات الجديد بما يتماشى مع نص التقنين المدني الجديد . فنصت المادة ٤١ من تقنين المرافعات الجديد على ما يأتي : « إذا تضمنت الدعوى طلبات متعددة ناشئة من سبب قانوني واحد ، كان التقدير بإصدار قيمتها جولة . فإن كانت ناشئة من أسباب قانونية مختلفة كان التقدير بإصدار قيمة كل منها على حدة » .

( ٢ ) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٥٩ ( بنـد ١ ) من المشروع التمهيد على الوجه الآتي : « لا يجوز الإثبات بالبيئة ( ١ ) فيما يخالف أو يحاير ما اشتمل عليه دليل كتابي حتى لو لم تزد القيمة على عشرة جنيات » . وفي لجنة المراجعة حذر النص تحويراً لفظياً ، فأصبح صلباً لما استقر عليه في النهاية ، وأصبح رقم المادة ٤١٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠١ ، لمجلس الشيوخ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ و ص ٤٠٤ ) .

ولا مقابل لهذا النص في التفتين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان مطبقاً دون نص<sup>(١)</sup> .

ومقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في قانون اليونان السورى المادة ٥٥ ، وفي التفتين المدنى العراقى المادة ٤٨٩ ، وفي تفتين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية المادة ١٥٣ ، وفي التفتين المدنى الليبي المادة ٣٨٨<sup>(٢)</sup> . ومقابل في التفتين المدنى الفرنسى للمادة ١٣٤١<sup>(٣)</sup> .

(١) وقد جاء في الموجز المؤلف في هذا الصدد ما يأتى : « ولم يرد في القانون المصرى نص يقابل هذا النص ( أى نص المادة ١٣٤١ فرنسى ) ، ولكن القضاء والقلم في مصر يأخذان بانقضاء دون نص ، إذ هي تتفق مع الحكمة التى اقتضت جعل الكتابة مقدمة على البينة ، لهذا كان الالتزام ثابتاً بالكتابة ، فقد أراد المصنفان بذلك أن يستبعدا البينة حتى لها لا يذهب على عشرة جنيتان ، ولذا انتقض عليهما ما قصدا إليه من فرض ، وأمكن عدم الكتابة بالبينة ، أى عدم الدليل الأخرى بالدليل الأنصف ، وهذا لا يجرى » ( للموجز ص ٧٠٢ - ص ٧٠٣ ) . ومهما يكن من أمر فقد أحسن التفتين المدنى الجديد سبقاً يلزمه نصاً سريعاً في هذا الحكم . وقد كان القضاء يطبقه في المرد : استئناف أصل ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المصورة الرسمية ١٤ رقم ٨٩ - ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المصورة الرسمية ١٥ رقم ١١٩ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ المصورة الرسمية ٢٥ رقم ٨٥ - استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المصلحة ١٩ رقم ٢٨٩ ص ٦٩٠ - استئناف مخطوط ٢ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٤٦ - ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٧ - ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٣ - ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٩٤ - ٢ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥٢ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٢ - ١٥ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢٧٩ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٩ - ٤ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٨ - ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٤٢ ص ٢٧٩ ( يجوز الإثبات بالبينة إذا تحولت قاعدة من نظم العلم ) - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ١٦ ص ٥١ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٤٢ ص ٣٦ .

(٢) نصوص التفتينات المدنية العربية الأخرى : قانون اليونان السورى م ٥٥ : مطابق تقريباً لنص التفتين المصرى - التفتين المدنى العراقى م ٤٨٩ : مطابق تقريباً لنص التفتين المصرى - تفتين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية م ١٥٣ : لا تقبل بينة الشهود ولا القرائن على ما يتجاوز أو يتناقض مضمون الشئ الذى هو موضوع الجناح ، ولا على ما يزعم حصوله قبل هذا الشئ أو بعده أو في أثناء إنشائه . ( وهذا نص يفتى في سكه مع نص التفتين المصرى ، وفي جدارته مع نص التفتين الفرنسى ) - التفتين المدنى للمملكة الليبية المصنعة م ٣٨٨ : مطابق لنص التفتين المصرى . ويتبين من استعراض هذه النصوص أنها جميعاً تتفق في الحكم مع نص التفتين المصرى . (٣) التفتين المدنى الفرنسى م ١٣٤١ : . . . لا تقبل البينة فيها بخلاف الكتابة أو فيها تهلوزها . ولا فيها معنى صدوره من قول قبل الكتابة أو في أثناءها أو بعد الفراغ منها ، حتى =

٣٠٠ - تاريخ القاعده وشروطها : ونحرم إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة قاعدة قديمة تمتد جذورها إلى القانون الرومانى . ثم تغلبت البيئة فى العصور الوسطى على ما قلنا . ثم عادت كفة الكتابة إلى الرجحان ، فرفضها أمر مولان (Moulins) فى سنة ١٥٦٦ إلى الصدارة بين طرق الإثبات على النحو الذى قدمناه . ولكن هذا الأمر لم يحرم إلا إثبات ما يجاوز الكتابة بغير الكتابة ، وفيما يزيد على مائة جنية وهو نصاب البيئة إذ ذاك . ثم أتى أمر سنة ١٦٦٧ فوسع الحكم ، وحرم إثبات ما يجاوز الكتابة أو ما يخالفها بغير الكتابة حتى فيها لا يزيد على نصاب البيئة . وبذلك رجحت كفة الكتابة رجحاناً كبيراً ، فهى مطلوبة فيها يزيد على نصاب البيئة ، وحتى فى حدود هذا النصاب إذا تعارضت مع البيئة وجب الأخذ بها ونبد البيئة . فانقلب الوضع بذلك ، وبعد أن كانت البيئة فوق الكتابة (témoins passent lettres) أصبحت الكتابة فوق البيئة (lettres passent témoins) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك<sup>(١)</sup> .

وقد قلنا أن القاعدة التى نحن بصددنا ليست الا الشئ الثانى من قاعدة أهم ،

س لو كانت القيمة أقل من خمسة آلاف فرنك ، كل هذا دون إحلال بما تقرره القوانين المصلفة بالتجارة .

.... et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cinq mille francs. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

ويقول الفقهاء أوبرى ورو : إن النص الفرنسى ينهى عن أمرين متبذين لا يخلط أحدهما بالآخر . فهو من جهة ينهى عن قبول البيئة فى إثبات ما يدعى من عدم الصحة (inexactitudes) أو الإغفال (omissions) فيما تضمنته الكتابة ، سواء كان ذلك من غير قصد ، أو من قصد من أحد الطرفين ، أو من توأطأ بينهما — وهذا هو ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . وهو من جهة أخرى ينهى عن قبول البيئة فى إثبات التعديلات الشفوية التى يدعى أحد الطرفين أنها تم الاتفاق عليها قبل الكتابة أو فى أثناءها أو بعد الفراغ منها . ويقع الفقهاء هذه الأحكام على اعتبارين : أولاً أن الكتابة لا تؤدى الغرض المقصود منها إذا أجيز معها من طريق البيئة . والثانى أن التعديلات الشفوية التى سبقت الكتابة أو عاصرتها أو تلتها ، ما ست لم تنسج فى الكتابة ذاتها ، فذلك لأنها بقيت مشروعة وأضف عنه مرحلة التفاوض ، ولم يصل إلى مرحلة الاتفاق النهاى ( أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٢٢٢ هامش رقم ٢ ) .

(١) انظر فى هذا المعنى بلانويل وديبير وجابلو ٧ فقرة ١٥٢٧ وفقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٢ - وانظر تفصيلاً لهذه المسألة فى بيلان وپرو ٩ فقرة ١٢٦٦ .

وهي المساعدة التي تقضى بموجب الإثبات بالكتابة فيما يزيد على نصاب البيئة وفيما يخالف الكتابة أو يجاوزها . ويمكن حصر شروط تطبيق هذا الشق الثاني من القاعدة في أربعة : (١) أن تكون هناك كتابة أعدت للإثبات (٢) أن يراد إثبات ما يخالف هذه الكتابة أو يجاوزها (٣) أن يكون الإثبات «مقصوراً على العلاقة فيما بين المتعاقدين فلا يمتد إلى الغير (٤) ألا يكون هناك احتمال على القانون (fraude à la loi) .

٣٠٩ - الشرط الأول - وهو كتابة «مهرت» لموثبات : يجب أن تكون هناك كتابة قد أعدت للإثبات . والكتابة المعدة للإثبات هي الكتابة التي وقع عليها المدين ، رسمية كانت أو عرقية .

أما الأوراق التي لم تعد للإثبات ، كالدفاتر التجارية والأوراق المنزلية ، فيجوز إثبات ما يخالفها أو ما يجاوزها بالبيئة أو بالقرائن . ولكن إذا كانت هذه الأوراق موقفاً عليها وأريد بها الإثبات ، كما هو الغالب في المراسلات ، فإنها تعتبر في حكم الكتابة المعدة للإثبات ، ولا يجوز إثبات ما يخالفها أو ما يجاوزها إلا بالكتابة (١) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٢ . وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٤٠٢ . ويقول الأستاذ حسين المؤمن في كتابه في نظرية الإثبات في هذا الصدد ما يأتي : « ولذلك فلا يمكن أن تكون هناك دفاتر تجارية أو أوراق منزلية أو مذكرات أو أوراق خاصة أو غيرها من المهررات التي لا تحمل توقيعاً للمدين ولا تدل على ارتباط قانوني ، إذ أن أوراقاً كهذه بدون توقيع لا تعتبر دليلاً للإثبات . وهي وإن كانت تعتبر حجة ضد صاحبها ، إلا أن له إثبات ما يخالفها بالشهادة والقرينة . . . كذلك سنتات الطابور المنطقة بطريقى المهدد والمطعوش (الموقلة) يجوز استماع الشهادة ضدّها . وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز : محكمة التمييز رقم ٢٤ / س / ١٩٣٧ وتاريخ ١٩٣٧/١١/٢٥ ( القضاء س ٢٤٣ ص ٣٠٩ ) ورقم ٢٩٢ / ب / ١٩٤٥ وتاريخ ١٩٤٦/٣/١٦ ( المجموعة الرسمية س ١٤١ ص ٣٦ رقم ٤٣ ) ورقم ١٩٤٦/س/٢٤ وتاريخ ١٩٤٦/٣/١٢ ( المجموعة الرسمية س ١٤١ ص ١٦٧ رقم ٦٥ ) ورقم ٣٠٨ / ب / ١٩٤٥ وتاريخ ١٩٤٦/٣/٢٧ ( المجموعة الرسمية س ١٤١ ص ٣٢ رقم ٢٢ ) ورقم ٥٠ ( جز ٢٠ في الشهادة ص ٤٤٥ ) - قانون الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٠٢ ص ٣٧٥ هامش رقم ٢٣ وهو يعتبر التأشير على السند بما فيه براءة ذمة المدين دليلاً كتابياً كمالاً لا يجوز إثبات ما يخالفه إلا بالكتابة . وقد تضمن أن هذا التأشير قويمة على الرقعة يجوز دحضها بالدليل العكسي بجميع الطرق لأن الدليل الكتابي هنا ليس دليلاً كتابياً كمالاً .

كذلك يجوز إثبات ما يخالف مبدأ الثبوت بالكتابة أو ما يجاوزه بالبيئة أو بالقرائن ، لأن مبدأ الثبوت بالكتابة لا يكون عادة موقفاً عليه ، وإلا كان دليلاً كتابياً كاملاً ، والمطلوب في القاعدة التي نحن بصددتها ألا يهدم الدليل الكتابي الكامل بالبيئة أو بالقرائن (١) .

ثم يجب أخيراً أن يكون الثابت بالكتابة التزاماً غير تجارى . ذلك أن الالتزامات التجارية يجوز إثباتها ، كما رأينا ، بالبيئة والقرائن ، أي كانت قيمتها ، ولو زادت على عشرة جنهات . فكل ذلك يجوز إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها في المسائل التجارية بالبيئة والقرائن ، أي كانت قيمة الالتزام (٢) . وقد تقدم ذكر ذلك .

ففي كانت هناك كتابة معدة للإثبات ، وكانت دليلاً كتابياً كاملاً ، في غير التزام تجارى ، فقد توافر الشرط الأول ، أي كانت قيمة الالتزام الثابت بهذا الدليل الكتابي الكامل ، ولو كانت هذه القيمة لا تزيد على عشرة جنهات . ومن ثم لا يجوز إثبات ما يخالف ورقة مكتوبة لا تزيد قيمتها على عشرة جنهات ، ولا إثبات ما يجاوزها ، بالبيئة أو بالقرائن ، ولو أن هذا الدليل كان جائزاً

---

(١) الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٤٤٩ .  
(٢) وإذا كانت المادة ٤٠١ ، وهي تمنع الإثبات بالبيئة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي ولو لم ترد القيمة على عشرة جنهات ، لم تستثن صراحة المواد التجارية كما فعلت المادة ٤٠٠ وهي تمنع البيئة في إثبات وجود التصرف القانوني الذي تزيد قيمته على عشرة جنهات ، فلذلك لأن المادة ٤٠١ جاءت عقب المادة ٤٠٠ لتكلم أحكامها . فهي متفهما تقول : لا يجوز الإثبات بالبيئة ولو لم ترد القيمة على عشرة جنهات ، إنما تنص ما أوردته المادة ٤٠٠ من أن التصرف القانوني في غير المواد التجارية لا يجوز إثباته بالبيئة إذا زادت قيمته على عشرة جنهات . فقول المادة ٤٠١ عقب ذلك أن هذا التصرف القانوني ذاته — أي في غير المواد التجارية — إذا كان مكتوباً لا يجوز إثبات ما يخالفه أو يجاوزه ولو لم ترد القيمة على عشرة جنهات (قارن الأستاذ عبد المسم فرج السعة في الإثبات ص ٢١٦) .

وتستخلص الأستاذة بلاينول وريبير وجابولك من جواز إثبات مكس المكتوب في التصرفات التجارية بالبيئة أن الكتابة في مسائل الهجرة إنما تنقل صبه الإثبات من حائلي صاحبها إلى محصيه ، والقاضي حر بعد ذلك في تكوين اعتقاده طبقاً لما بين يديه من مستندات وما يرى من صلبه من بيئة (بلاينول وريبير وجابولك ٧ نظرة ١٥٢٩ ص ٩٨٤) — انظر أيضاً الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٦٤٦ - ص ٦٦٢ - وقلون الأستاذ عبد السلام فضي في الأدلة جزء أول ص ١٢٠ .

ابتداء لإثبات وجود النصرف لو لم توجد ورقة مكتوبة<sup>(١)</sup> . بل إن القاعدة التي نحن بصدددها لا تظهر فائدتها إلا إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على عشرة جنيهات ، فتمتنع البينة والقرائن حيث كانت تجوز لولا هذه القاعدة . أما إذا كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنيهات فالقاعدة لا نقول جديداً ، لأن الإثبات بالبينة أو بالقرائن في هذه الحالة ممنوع من الأصل ، سواء في ذلك لا توجد كتابة أصلاً أو توجد ويراد إثبات ما يخالفها أو مجاوزها<sup>(٢)</sup> .

وإذا أريد إثبات ما يخالف الكتابة أو مجاوزها ، فلا بد من أن يكون الإثبات بالكتابة كما قررنا . ولكن يجوز أن يحل محل الكتابة مبدأ ثبوت بالكتابة معزز بالبينة أو بالقرائن ، فإن هذا النوع من الإثبات يرد استثناء من قاعدة الدليل الكتابي بشقيها كما سترى .

### ٢٠٢ - الشرط الثاني - إثبات ما يخالف الكتابة أو ما مجاوزها :

ونتكلم : (أولاً) فيما يخالف الكتابة (ثانياً) فيما يجاوز الكتابة (ثالثاً) فيما لا يعتبر مخالفاً للكتابة أو مجاوزاً لها .

**أولاً - ما يخالف الكتابة ولا يجاوز إثباته بالكتابة** إذا أريد إثبات ما يخالف ورقة رسمية ، فيما يقرر الموظف العام أنه وقع تحت بصره أو سمعه ، فقد رأينا أنه لا بد في ذلك من الطعن بالتزوير . أما إذا أريد إثبات ما يخالف الورقة الرسمية في غير ذلك ، أو إثبات ما يخالف مشتعلات الورقة العرفية أيًا كانت . فهذا جائز ، على أن يكون الدليل على ما يخالف الكتابة هو أيضاً دليل كتابي ، ولو كان ذلك مبدأ ثبوت بالكتابة معززاً بالبينة أو بالقرائن كما قلنا . ومثل إثبات ما يخالف الكتابة أن يتقدم الخصم لإثبات أن ما ورد في الورقة من أن الثمن المدفوع هو مبلغ كذا بيان غير صحيح ، والصحيح أن المبلغ المذكور في الورقة هو مبلغ أكبر -

(١) قارن استئناف غطط ١٢ يولييه سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٥٣ - ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٤٨ .

(٢) الموجز للوظائف ٦٧٣ ص ٧٠٣ - ٧٠٤ - وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في بحيرة الأعمال للمصلحة ٣ ص ٤٠٢ .

لمنع الشفعة مثلاً - أو هو مبلغ أقل - لتخفيض رسوم التسجيل مثلاً ، فإذا كان الخصم هو أحد طرفي العقد لم يجز له إثبات ذلك إلا بالكتابة . ومثل ذلك أيضاً أن يريد البائع إثبات أن البيع المكتوب يبع صوري ، فلا يستطيع ذلك إلا بالكتابة ، وهي هنا ورقة الضد (contre - lettre) . ومثل ذلك أخيراً أن يوجد سند مكتوب يثبت أن في ذمة المدين التزاماً قيمته مائة جنيه مثلاً ، فلا يستطيع المدين أن يثبت بالبينة أو بالقرائن أن حقيقة الالتزام خمسون جنياً لا مائة ، وكذلك الأمر لو أن الثابت في السند التزام قيمته عشرة جنيهات وأراد المدين أن يثبت بالبينة أو بالقرائن أن حقيقة الالتزام خمسة لا عشرة فلا يستطيع<sup>(١)</sup> .

ثانياً - ما يجاوز الكتابة لا يجوز إثباته بالكتابة : ولا يجوز للخصم أن يثبت ما يجاوز الكتابة إلا بالكتابة . مثل ذلك أن يقدم المدين لإثبات أن الالتزام المكتوب ، وهو منجز ، علق بعد ذلك على شرط أو اقترن بأجل . أما إذا كان الالتزام قد كتب مطلقاً على شرط أو مقترناً بأجل وأراد الدائن أن يثبت أنه التزام منجز ، فهذا يكون إثباتاً لما يخالف الكتابة ، ولا يكون هو أيضاً إلا بالكتابة كما رأينا . ومثل ذلك أيضاً أن يكون القرض المكتوب لم يذكر فيه أنه قرض بالفائدة ، وأراد الدائن أن يثبت أن هناك فائدة متفقاً عليها ، فلا يجوز إثبات ذلك إلا بالكتابة ، حتى لو كانت الفائدة وأصل الدين معها لا يزيد على عشرة جنيهات ، لأن هذا إثبات لما يجاوز الكتابة . أما إذا ذكر في القرض المكتوب سعر للفائدة ، وأراد الدائن أن يثبت أن السعر المتفق عليه هو أكبر مما ذكر ، أو أراد المدين أن يثبت أن هذا السعر أقل ، فهذا إثبات لما يخالف الكتابة ، ولا يكون هو أيضاً إلا بالكتابة كما قدمنا . كذلك لا يجوز إثبات تجديدية التزام (novation) ثابت في ورقة مكتوبة إلا بالكتابة ، ولو كانت قيمة الالتزام الجليد ، أو كانت قيمة كل من الالتزامين الجليد والقديم ، لا تزيد على عشرة جنيهات ، لأن هذا إثبات لما يجاوز الالتزام المكتوب . وبوجه عام لا يجوز إثبات اتفاق إضافي فوق ما هو ثابت بالكتابة إلا بالكتابة ، سواء ادعى



أن هذا الاتفاق الإضافي قد تم قبل الكتابة أو تم في أثناءها أو تم بعدها. على حد تعبير التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٤١) <sup>(١)</sup>.

**ثالثاً — ما لا يعتبر مخالفاً للكتابة أو مجاوزة لها ولا يختم إثباتاً بالكتابة:**

أما إذا أريد إثبات شيء متعلق بما هو ثابت بالكتابة، ولكنه لا يخالفها ولا يجاوزها، فإن إثبات ذلك يكون وفقاً للقواعد العامة، ولا تنحصر الكتابة. فيجوز إثبات الوقائع المادية، وكذلك إثبات التصرفات القانونية إذا لم ترد قيمتها على عشرة جنهات، بالبيئة وبالقرائن. مثل ذلك إثبات انقضاء الالتزام الثابت بالكتابة، فهذه واقعة لا تخالف الكتابة ولا يجاوزها، بل هي تؤكد ما لا يخالفها، إذ انقضاء الالتزام ينطوي دلالة على وجوده. فإذا كان انقضاء الالتزام قد تم بتنفيذ أعمال مادية، كبناء منزل أو نقل بضاعة أو القيام بخدمة معينة، فإن هذه الأعمال تثبت بالبيئة وبالقرائن ولو كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنهات. أما إذا كان انقضاء الالتزام قد تم بتصرف قانوني، كوفاء مبلغ من النقود، فإن هذا الوفاء يثبت بالبيئة أو بالقرائن إذا لم يزد المبلغ الموفى به على عشرة جنهات حتى لو كان مجموع الدين أكثر من ذلك أو كان الدين ثابتاً بالكتابة <sup>(٢)</sup>.

(١) انظر ما قلناه من أوبري ورو من أن التعديلات الشفوية التي سبقت الكتابة أو عاصرتها أو تلتها، ما دامت لم تدسج في الكتابة ذاتها، فذلك لأنها بقيت مشروعة وقفت عند مرحلة التفاوض، ولم يصل إلى مرحلة الاتفاق النهائي (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٢٢ هامش رقم ٢). وانظر أيضاً بلانويول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٢ — ص ٩٨٣. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «ويقتضى بالدليل الكتابي المحررات الرسمية والقرينة والرسائل. فهذه المحررات وحدها هي التي لا يقبل الإثبات بالبيئة لنقص الثابت فيها أو الإضافة إليها. وقد يكون قوام الإضافة الادعاء بصور تعديلات شفوية قبل انقضاء الالتزام، أو بعده، أو في وقت معاصر له. ومهما يكن من أمر هذه الإضافة، فلا يجوز إثباتها بالبيئة أبداً كانت صورتها. فمن ذلك الادعاء بإضافة وصف من الأوصاف المعدلة لحكم الالتزام، كشرط أو أجل، أو اشتراط خاص بأداء فواتر أو بالتعجيل (الاستبدال). ولا يجوز كذلك نقض الثابت بالكتابة من طريق البيئة، فلا يجوز الادعاء خلا بعدم مطابقة شرط من شروط المحرر للتحقيق وإقامة الدليل على ذلك بالبيئة، كما لو أريد إثبات أن حقيقة المبلغ المقرض ليست مائة جنيه على ما هو ثابت بالكتابة بل أكثر» (مجموعة الأعمال المختصرة ٣ ص ٤٠٢ — ص ٤٠٣).

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ هامش رقم ٨ — قانون الموجز المؤلف من ٧٠٤ —

وكالوفاء الإبراء ، فهو تصرف قانوني يقضى الدين ، ويثبت بالينة وبالقرائن إذا لم ترد قيمته على عشرة جنبيات . كذلك في المقاصة ، يجوز للدين إثبات الحق الذي له في ذمة دائته ، ليوقع المقاصة بمقداره ، بالينة وبالقرائن ، إذا كانت قيمة هذا الحق لا تزيد على عشرة جنبيات ، حتى لو كان الدين الذي تقع فيه المقاصة ثابتاً بسند مكتوب . أما تجديد الدين المكتوب فقد رأينا أنه يعتبر مجاوزاً لما هو ثابت بالكتابة ، فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة<sup>(١)</sup> .

== ص ٧٠٥ : وقد قلنا ، في وفاء دين قيمته تزيد على عشرة جنبيات . أنه يجوز إثبات لى وفاء جزئى لا تزيد قيمته على عشرة جنبيات بالينة وبالقرائن .

وقد جاء في كتاب نظرية الإثبات للأستاذ حسين المؤمن ما يأتي : « أما في العراق فالإجماع حاصل ... على أنه لا يجوز إثبات الوفاء مهما كان مقداره بشهادة الشهود ما دام أصل الالتزام موثقاً بسند . بل إن محكمة التمييز قد تطرفت في هذا الباب إلى حد بعيد ، فقد اشترطت الدليل الكتابي على أدعاء الوكيل بتسليمه لموكله المبالغ التي قبضها من مدين الموكل حسب التفويض المعطى للوكيل في صك الوكالة ، بهدأى أن التفويض بالقبض قد جرى بالكتابة فلا يثبت دفع المبلغ إلى الموكل إلا بالكتابة أيضاً : القرار المرقم ١٩٢٩/٥٥ والمؤرخ ١٩٢٩/٤/١ (تفشاء سنة ١٩٢٤ ص ١ القسم الرسمى ص ١٦٦ - حسين جليل بند ١٧٠ ص ١٢٢) وما جاء فيه : إن قول المحكمة أن المدعى أمين مصدق يبيته في برائة ذمته ، ولا حاجة إلى سند تحريري ، غير وارد ، إذ أن التفويض بقبض المبلغ قد جرى بسند فيجب أن يكون الإيصال بسند أيضاً . وهذا يخرج غريب هذه النظرية لا نقر محكمة التمييز عليه ، ذلك أن التفويض المعطى للوكيل في صك الوكالة لا يفتن من قبض ، وإنما هو ترخيص به . هذا من جهة . ومن جهة أخرى أن الدليل الكتابي على استلام الوكيل المبالغ المقررة لم يكن بين الوكيل والموكل ، وإنما بين الوكيل ومدين الموكل ... يضاف إلى ذلك أن هذا الذهاب تجاوز على قاعدة الأمين مصدق يبيته في برائة ذمته المقررة على المادة ١١٧٤ من المجلة » (الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جز ٢٠ في الشهادة ص ٤٥٤ - ص ٤٥٥) . وظاهر أن تفويض الوكيل بقبض الدين يجعله ملتزماً بتقديم حساب الموكل عما قبضه ، وفي تسليم الوكيل للموكل ما قبضه من الدين تنفيذ لهذا التفويض ، أي تنفيذ لعقد الوكالة . وإثبات تنفيذ الوكالة مستقل عن إثبات وجودها . فإذا كان وجود الوكالة ثابتاً بالكتابة ، فإن ذلك لا يستلزم حتماً أن يثبت تنفيذها بالكتابة . ويلاحظ أن المقتنين للمنفى العراقي الجديد قد حسم الخلاف فيما يتعلق بالوفاء ، فجعله مستقلاً عن أصل الالتزام من حيث الإثبات .

(١) الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ٢٢١ - وقد نفتت محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية بأنه يجوز إثبات جميع الوقائع اللاحقة لعقد مكتوب بجميع طرق الإثبات القانونية إذا كانت قيمتها عشرة جنبيات أو أقل ، مثل الإبراء أو الوفاء أو الصالح أو الاستبدال أو الصلح (٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٦٣ ص ١٠٥٨) . تآرون في الصلح الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جز ٢٠ في الشهادة ص ٤٤٩ (وهو يلعب إلى أن الصلح لا يجوز ==

كذلك يجوز إثبات وقائع مادية يكون من شأنها تفسير العبارات الغامضة ، أو التوفيق فيها بينها إذا كانت متعارضة<sup>(١)</sup> ، أو تحديد ما ورد مطلقاً في الورقة المكتوبة ، وذلك بالينة وبالقرائن ، فليس في هذا إثبات لما يخالف الكتابة أو يجاوزها<sup>(٢)</sup> . وكذلك الأمر في إثبات الظروف والملايسات المادية التي أحاطت بكتابة العقد<sup>(٣)</sup> .

وجوز أيضاً إثبات عيب من عيوب الإرادة ، كالغلط والتدليس والإكراه ، في سند مكتوب ، بالينة وبالقرائن ، فليس في ذلك إثبات لما يخالف الكتابة ، لأن الكتابة ليست دليلاً على صحة التصرف حتى يعتبر الطعن في صحته مخالفاً لها . وقد قدمنا أن عيوب الإرادة إنما هي وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق<sup>(٤)</sup> .

= إثباته بالينة إذا كان العقد محل الصلح ثابتاً بالكتابة ، ويشير إلى قرار محكمة تمييز الإسفانة جاء فيه أن دعوى الصلح المقامة ضد سند يجب إثباتها بالينة الخطية : ١٣٠٨/١٠/٢٠ سليم باز المرافعات ص ٢٨٩ . ويلاحظ أن الصلح في التقنين المدني المصري الجديد يجب إثباته بالكتابة (م ٥٥٢ مدني) ، وكذلك الأمر في التقنين المدني العراقي الجديد (م ٧١١) .

(١) بلأيلول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٤ - نقض فرنسي ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٩ - ١ - ٨٥ .

(٢) فيجوز إثبات ما يحصر أجزاء العقار المبيع أو المؤجر بالينة وبالقرائن ، إذا كان هذا العقار قد ذكر في عقد البيع أو الإيجار المكتوب بطريقة مجملة دون تفصيل لأجزائه (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٣٥ - ص ٣٣٦ - قارن بودي وبارد ٤ فقرة ٢٥٧٠) - وقارن استئناف غنطل ٣٠ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٤ ص ١٠٦ - أما إذا رفع المشتري دعوى استحقاق على بائع العقار ، بسبب وجود عقد إيجار صادر من البائع بالنسبة إلى العقار المبيع دون أن يرد ذكره في عقد البيع المكتوب ، فلا يجوز للبائع أن يثبت علم المشتري بهذا الإيجار ، ورضاعه به في مقابل خصم جزءه من الثمن ، بالينة أو بالقرائن (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٣٦) .

(٣) فيجوز إثبات أن الذي حرر عقد التأمين هو عامل شركة التأمين ، بالينة وبالقرائن (بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٣٤ وهانش زيم ٥ مكرر) . أما النقط المادي والعللي في الحساب ، فإن كان ظاهراً أمكن القاضي تصحيحه من تلقاء نفسه . لكن إذا ادعى الخصم أن هناك غلطاً مادياً أو غلطاً في الحساب ، ولم يكن هذا النقط ظاهراً بحيث يمكن القاضي تصحيحه من تلقاء نفسه ، فلا يجوز إثباته بالينة أو بالقرائن (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٧٥ ص ٥٨٠ . بودي وبارد ٤ فقرة ٢٥٧١ - قارن الأستاذ عبد المنعم فرج الصفة في الإثبات فقرة ١٨٦ ص ٢١٨ - ص ٢١٩) .

(٤) دي باج ٣ فقرة ٨٧٠ مكرر - الأستاذ عبد السلام ذفي في الأداة ١ ص ٣٩٢ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٨٠ .

ويجوز أخيراً إثبات التاريخ الذي كتبت فيه الورقة ، فيما بين الطرفين ، بالبينة والقرائن ، إذا لم يكن مكتوباً ، حتى لو كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنيهات أو كان التزاماً مكتوباً ، فليس في هذا إثبات لما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، بل هو إثبات لواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . أما إذا كان تاريخ الورقة مكتوباً هو أيضاً ، فلا يجوز إثبات عدم صحته إلا بالكتابة . وأما بالنسبة إلى الغير فلا بد من التاريخ الثابت على الوجه الذي تقدم ذكره<sup>(١)</sup> .

### ٢٠٣ - الشرط الثالث - الإثبات مفصور على المعروفة فيما بين

المتعاقدين : وكل ما قدمناه من وجوب الإثبات بالكتابة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها إنما يكون في العلاقة ما بين المتعاقدين ، إذ هما اللذان كانا يستطيعان الحصول على الكتابة منذ البداية . وكالمتعاقدين الخلف العام .

أما الغير فيجوز له الإثبات بالبينة والقرائن فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، كما أن له إثبات وجود التصرف نفسه بالبينة والقرائن ولو زادت قيمته على عشرة جنيهات كما سبق القول ، ففي الحالتين يعتبر التصرف بالنسبة إليه وهو من الغير واقعة مادية يجوز إثباتها أو إثبات ما يخالفها أو يجاوزها بجميع الطرق .

فإذا باع شخص عقاراً من آخر ، وكتب في عقد البيع أن الثمن ألف جنيه مثلاً ، وأراد الشفيع الأخذ بالشفعة ، فإن له أن يثبت أن حقيقة الثمن ثمانمائة لا ألف - أي يثبت ما يخالف الكتابة - بالبينة والقرائن ، لأنه من الغير في عقد البيع الذي يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية .

---

(١) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٨٠ - ص ٣٨١ - الأستاذ عبد المنعم ترويعي في الإثبات ص ٢١٩ - ص ٢٢٠ - الأستاذ حسين المزمع في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٤٥٧ - قارن الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ١ ص ١٩٨ - ص ١٩٩ و ص ٣٩٤ - ص ٣٩٥ - أنظر أوبري دور ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٢٣٦ - ص ٢٣٧ وهاش رقم ١٢ وهاش رقم ١٣ .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن تاريخ التصرف القانوني يعتبر من مصادره ، فهو جزء منه ، فلا يجوز إثباته ، إذا لم يكن مكتوباً ، بالبينة أو القرائن في تصرف لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ( لوران ١٩ فقرة ٥٧٧ - فقرة ٥٧٨ - بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٧٢ - ص ٣ باج ٣ فقرة ٨٦٨ ) .

وفي العقد الصوري الثابت بالكتابة ، تثبت الصورية فيما بين المتعاقدين بالكتابة حتى لو كانت قيمة العقد لا تزيد على عشرة جنيهات . أما الغير - وهو هنا الدائن والخلف الخاص - فله أن يثبت الصورية بالينة وبالقرائن ، حتى لو كان العقد الصوري مكتوباً وحتى لو كانت قيمته تزيد على عشرة جنيهات<sup>(١)</sup> .

(١) ونجيزه هنا بذكر بعض أحكام القضاء المصري في هذه المسألة ، مرجعين تفصيل ما نجعله منها إلى الكلام في دعوى الصورية في المكان الخاص بأفكار الالتزام :

لا تثبت الصورية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الخلف العام إلا بالكتابة : استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٨١٥ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٠ ص ١٣٤ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٣٤٤ ص ٨١١ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٣٨١ ص ٢٥١ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٤ ص ٥٦٤ - نقض جنك ٤ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٧ رقم ١٤٢ ص ٢٠٠ - استئناف مخطوط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٨٠ - ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ - ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٠ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ - ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ - وقد قضت محكمة النقض بأن عقد القرض يجوز إثبات صورية سببه بالأوراق الصادرة من المصكك به ، فإذا ذكر في سندات الدين أن قيمتها دفعت نقداً ، ثم اتفصح من فحوى الرسائل الصادرة من الدائنة إلى مدينها في أوقات مختلفة - بعضها سابق على تاريخ السندات وبعضها معاصر له أو لاحق به - أنها كانت تشجده وتؤكد له إحسانه عليها ، جاز اعتبار هذه الرسائل دليلاً كتابياً كافياً في نفى وجود قرض حقيقي ( نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢ ) - وقضت أيضاً بأنه إذا كان المستأجر يظن في عقد الإيجار بالصورية ، والمؤجر يدفع بعدم جواز الإثبات ، فلا يجوز للمحكمة - ما دام الإيجار ثابتاً بالكتابة ولا يوجد لدى المستأجر دليل كتابي على دعواه - أن تقضي بصورية العقد بناء على مجرد القرائن ، وإلا كان قضاؤها باطلاً ( نقض مدني ١٨ يونيو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٧ ص ٤٨٥ ) - وقضت أيضاً بأن الحكم الذي يقر أنه لا يجوز لوارث الرهن أن يثبت بكل طرق الإثبات ، في مواجهة الرهن ، صورية عقد الرهن ، بحجة أن الصورية لا تثبت بين المتعاقدين إلا بالكتابة ، لا يكون مخالفاً في تطبيق القانون ( نقض مدني ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠ ) - وقضت أيضاً بأنه متى كان الواقع هو أن المضمون عليهم دفعوا الدعوى يطلبون الحكم بتثبيت ملكيتهم إلى حصتهم الشرعية في تركه مورثهم ، فتسلك الطامن بأنه اشترى من والده المورث جزءاً من الألبان ، فظن بعض الورثة في عقد البيع بالصورية استناداً إلى أن الطامن كان قد استصدر من والده لمناسبة مصارحته أسرة طلبت إليه أن يقدم الدليل على كفايته المالية ، وطلبوا إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ذلك بأي طريق من طرق الإثبات بما فيها الينة ، فنازع الطامن في جواز الإثبات بهذا الطريق ، وكان الحكم إذ قضى بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما لواء المضمون عليهم من العقد بأي طريق من طرق الإثبات قد أقام قضاءً على أهم مقتضىون =

ونعود إلى هذه المسألة تفصيلاً عند الكلام في دعوى الصورة .

== من الأتيار أياً كان الطن الذي يأخذونه على التصرف الصادر من مودتهم الطامن ، فإن الحكم ، إذ أطلق لطمون ملهم حق إثبات مطاعتهم على هذا التصرف في حين أن علة الصورة إنما كانت إعطائه الطامن مظاهر الثراء لتيسر زواجه بإحدى الضيفات ، يكون قد خالف قواعد الإثبات ( نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٨ ص ١٩٥ ) .

ومع ذلك يجوز إثبات الصورة فيما بين المتعاقدين بالبيئة والقرائن إذا كان هناك غش أو تحايل على القانون ؛ استئناف أهل أول مارس سنة ١٩٥٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٤٧ - ٩ يونيو سنة ١٩٥٤ الاستقلال ٣ ص ٢٦٢ - نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥ . وانظر أيضاً الأحكام التي سنورها عند الكلام في التعامل على القانون ( fraude à la loi ) ، والتحايل على القانون هو نفس الحالة التي نحن بصددها .

ويجوز لغير إثبات الصورة بجميع الطرق ، ومنها البيئة والقرائن ؛ استئناف مصر لأول يناير سنة ١٩٥٧ المجموعة الرسمية ٨ ص ٢١٣ - ١٠ أبريل سنة ١٩٥٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١٠٢ - ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ ص ٢٤٥ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٤١١ - ١٢ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٥ رقم ١٦١ ص ٧٥٩ - أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ - ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ - ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩١ ص ٦٢٧ - ٢١ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٧ ص ٣٠٥ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٠ ص ٥٠٤ - نقض جنائي ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٧٥ ص ٦٦٩ - نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٢٢ - استئناف غنطظ أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ - ٨ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٠ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ - ٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ - ٩ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٣٢ - هذا ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن الخلف الخاص لا يعتبر من الغير ، فلا يجوز له إثبات الصورة إلا بالكتابة ، فإذا كان بائع العقار قد صدر منه عقد بيع فإن المشتري آخر ، فإنه لا يصح والمشتري الثاني خلف البائع أن تستعمل المحكمة له بشهادة اليهود والقرائن على صورية عقد البيع المساعد من سلطه إلى المشتري الأول قبل البيع الصادر منه إليه هو ( نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ - وتعليق الأستاذ محمد حامد فيس جاشي ص ٣٨٨ - ٣٨٩ ) . ولكننا رجحت بعد ذلك من هذا الخطأ ، وقضت بأن المشتري يعتبر من الغير في أحكام الصورة بالنسبة لمشتري آخر من نفس البائع له يزاحه في الملكية ، فإذا ألزم الحكم قضاء بصورية عقد المشتري الآخر على القرائن وحدها ، فإنه لا يكون قد خالف قواعد الإثبات ( نقض مدني ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦ ) - انظر أيضاً ؛ استئناف غنطظ ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٧ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٣ - ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ - ٤ يبرية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٨ .

## ٢٠٤ - الشرط الرابع - أن يكون هناك احتمال على القانون :

وحق فيا بين المتعاقدين ، يشترط في تطبيق القاعدة التي تقضى بوجوب الإثبات بالكتابة فيا يخالف الكتابة أو يجاوزها ألا يكون هناك احتمال على القانون

= وأجبرت محكمة الاستئناف المختصة الشفع من الغير ، خطأ ، في حقه بيع ضروري طلب الأعد فيه بالشفعة . فقضت بأنه لا يجوز الاحتجاج على الشفع بورقة حقه مردداً أن البيع لم يقع إلا لفيان دين الشفعى على البائع وأنه يفسخ بمجرد وفاء هذا الدين (استئناف مخطط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في دعوى الصورية .

(١) كان المشروع التمهيدى (٥٤١ م) يتضمن نصاً أو بقى لأصبح الآن البتة (ج) في المادة ٤٠٣ ، ونصه كالآتي : « يجوز أيضاً الإثبات بالبيئة فيما كان يجب إثباته بالكتابة ...

(ج) إذا لم ين في العقد بأن له سبباً غير مشروع » . وقد ورد في شأنه في المذكرة الإيضاحية ما يأتي : « أما الاستثناء الثالث فقد نص عليه المشروع الفرنسي الإيطالي ، وهو يفترض توازن

ضرب من ضرور الفش ، ومن المعلوم أن الفش يجوز إثباته على وجه الدوام بالبيئة . وإزاء ذلك قد يكون أفراد هذا الاستثناء يحكم خاص محلاً للنظر » . وفي لجنة المراجعة نقل هذا البتة

إلى المادة ١٩٢ في السبب غير المشروع . وكان يقصد به إباحة الإثبات بالبيئة وبالقرائن إذا كان هناك احتمال على القانون (fraude à la loi) ، فيقابل الصلابة الأخيرة من المادة

١٣٥٣ من التقنين الفرنسي التي لم تبسح الإثبات بالقرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبيئة ، ما لم يكن العقد مطعوناً فيه بسبب الفش أو التبدليس ، وقد مرت الإشارة إلى

هذا النص وإلى ما وجه إليه من انتقاد . وقد استبقى المشروع الفرنسي الإيطالي مقابلاً لنص الفرنسي في المادة ٣٠٥ منه ، ونص أيضاً في المادة ٢٩٩ على استثناء الطعن بعدم مشروعية من

وجوب الإثبات بالكتابة . والذي يمتينا هنا هو تقرير الحكم في ذاته ، فيجوز دائماً الإثبات بالبيئة وبالقرائن إذا كان هناك احتمال على القانون . وقد وضع المشروع الفرنسي الإيطالي هذا

الحكم في مكان الاستثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابي بشقيها ، وهو الاستثناء الثالث وعلى بعد الاستثناء الخاص بجهد الثبوت بالكتابة والاستثناء الخاص بالمنافع من الحصول على الكتابة أو

من تقديمها . وسائر المشروع الفرنسي الإيطالي في ذلك المشروع التمهيدى للتقنين المصري الجديد ، ثم عدل المشروع النهائي من هذه المسألة . وفي رأينا أن جبل هذا الحكم استثناء من قاعدة

وجوب الدليل الكتابي بشقيها على النظر . لأن الحكم إنساناً يرد في الكثرة العادية من الأحوال استثناء من الشك الثاني وحده . ذلك أن الحمل للعالم لتطبيقه هو أن يواجه الخصم خصمه بدليل

على تصرف قانوني صادر منه ، فيظن هذا في التصرف بأن فيه احتمالاً على القانون ويبره إثبات هذا الاحتمال بجميع الطرق . فإن كان الدليل الذي ووجه به دليلاً غير مكتوب ، فهو في حل من

أن يمارسه بدليل غير مكتوب دون حاجة إلى النظر بهذا الحكم . أما إذا كان الدليل الذي ووجه به دليلاً مكتوباً ، ففي هذه الحالة وحدها — حيث تقضى القاعدة بعدم جواز إثبات

ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة — يحتاج الخصم إلى هذا الحكم ليتمكن من إثبات الاحتمال على القانون بالبيئة وبالقرائن معارضاً بذلك دليلاً مكتوباً . ومن أجل ذلك أقرنا ، من الناحية =

(fraude à la loi). والسبب في ذلك أنه متى وجد احتيال على القانون، فيجب تفسير كشفه وإباحتها إثباته بجميع الطرق، حتى يلقى جزاءه الحق. ويستوى في هذا أن يكون من يريد إثبات الاحتيال من الغير أو يكون أحد المتعاقدين ممن اشترك في الاحتيال بنفسه ويريد الآن الكشف عنه. ففي الحالتين يقضى النظام العام بضرورة فسخ هذا الاحتيال، ومن ثم أبيع، حتى للمتعاقد نفسه بعد أن اشترك فيه، أن يثبت بجميع الطرق ولو بالينة أو بالقرائن<sup>(١)</sup>.

ولما كان الاحتيال على القانون ليس إلا تواطؤاً ما بين المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية تحتر من النظام العام وإخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع، فقد وضع من ذلك أن من الطبيعي أن يتخذ هذا الاحتيال مظهر الصورية. فيكون هناك تصرف غير مشروع هو التصرف الحقيقي الذي وقع الاتفاق عليه، يسره تصرف مشروع هو التصرف الظاهر الذي يقع الطعن فيه. والجديد هنا أن الطاعن في التصرف الظاهر - أى التصرف الصوري - ليس هو الغير، وإلا كان من حقه أن يثبت الصورية بجميع الطرق دون حاجة إلى التلوع بالاحتيال على القانون. ولكن الطاعن هو المتعاقد نفسه، ويريد أن يثبت صورية العقد المكتوب بالينة والقرائن، وكان الأصل ألا يستطيع

---

= الصلبة، أن نعالج هذه المسألة في صدد القاعدة التي تقضى بعدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، على أن نعالجها بإيجاز من ناحية الإثبات فحسب، وإلا فسيقضى قاعدة شاملة تتناول جميع نواحي القانون (قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٤٤٦ - ص ٤٥١ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ٢١٧).

(١) وهناك رأى يلحظ إلى أن الاحتيال على القانون كالتدليس واقعة مادية يجرى إثباتها بجميع الطرق (بلايول وديير وبولانجه ٢ فقرة ٢١٦٦ وهاش رقم ٢ - ديكونتر في القرائن في القانون الخاص فقرة ١٠٩ ص ٢٧٢ و ص ٢٧٣ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ٢١٧ ص ٢٨١ - ص ٢٨٢ - ولكن قارن كولان وكايتان وموراندير ٢ فقرة ٧٧٨ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٤٤٧ هاشم رقم ١). ويبدو أن هناك فرقاً بين أعمال التدليس والاحتيال على القانون. فأعمال التدليس الواقعة على أحد المتعاقدين وتوافق ما بين إرادتهما، على مخالفة قاعدة قانونية من النظام العام ثم إخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع. فهو إذن عنصر من عناصر التصرف القانوني - يتصل بالهل أو بالسبب - كان الواجب في الأصل أن يثبت بنفس الطريقة التي يثبت بها التصرف القانوني، لولا أن فيه خروجاً على النظام العام، فوجب تفسير كشفه كما قلنا.



إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، لولا أنه يتفرع بأن هناك أحيالا على القانون<sup>(١)</sup> .

ولم يرد في التقنين المدني نص على هذا الحكم<sup>(٢)</sup> . غير أن القضاء أجمع على الأخذ به في اضطراد مستقر ، وطبقه في حالات كثيرة .

من ذلك أن يكون سبب الدين قاراً ، ويكتب المتعاقدان أنه قرض ، فيجوز للمدين في هذه الحالة أن يثبت ما يخالف المكتوب بالينة وبالقرائن ، ليدل على أن السبب الحقيقي للدين هو القهار لا القرض<sup>(٣)</sup> .

(١) ومن المفيد في هذه المناسبة أن نشير إلى أنه يجوز إثبات التصرف القانوني ، ولو زاد على التصاب ، بجميع الطرق في حالتين : (أولاً) عندما يكون التصرف القانوني معبراً واقعة مادية . ويكون ذلك : ١ - إذا كان من يريده إثبات التصرف هو من الغير ، كالشفيع مبره إثبات البيع الذي يأخذ به بالشفعة فيجوز له إثباته بجميع الطرق . ٢ - إذا كان العقد صورياً ويريد الغير إثبات هذه الصورة ، فيجوز له إثباتها بجميع الطرق . ويلاحظ أننا لا نحتاج هنا إلى القول ، في تبرير إباحة جميع الطرق في الإثبات ، أن الغير كان لا يستطيع الحصول على الكتابة — إذ أن المنع من الحصول على الكتابة يجب أن يكون مانعاً له قام في حالة بالذات كما سرى — بل يكفي أن نقول إن التصرف القانوني يعتبر واقعة مادية بالنسبة إلى من يريده إثباته بجميع الطرق ، أي بالنسبة إلى الشفيع في الصورة الأولى وبالنسبة إلى الغير في الصورة في الصورة الثانية ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . (ثانياً) عندما يكون التصرف القانوني قد دأخله احتمال على القانون . ويكون ذلك إذا كان العقد صورياً ويريد المتعاقد نفسه أن يثبت هذه الصورة بجميع الطرق ، مع أن العقد بالنسبة إليه يعتبر تصرفاً قانونياً لا واقعة مادية ، ولكنه يتفرع بأن هناك أحيالا على القانون (fraude à la loi) . وهذه هي الحالة التي نحن الآن بصددنا . ونستورد إلى هذه المسألة في موضع آخر .

(٢) أنظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٤٢ ص ٤٤٨ — ويشير الأستاذ مع ذلك إلى نص المادة ٧٣٩ من التقنين المدني ، وهي تقرّر بطلان كل اتفاق خاص بمفارقة أو رحان ، ولكن عسر أن يسترد ما دفعه ، وله أن يثبت ما أداء بجميع الطرق .

(٣) استئناف مخطوط ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٤ — ١٢ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣٤ — ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٦ .

وقد قضت محكمة النقض ، بوجه عام ، أن الصورة التمهلية لا تقتضي لتحقيقها وجود ثبوت بالكتابة ، وإنما هي تثبت بالقرائن في حق كل من سه هذا التمهيل ، سواء أكان طرفاً في العقد أم لم يكن ( نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢٣٨ ص ٥٠٣ — وانظر أيضاً الموجز للولف فقرة ٦٧٦ — بلانول وديير وجابولك ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٤ — ومحكمة النقض الفرنسية ٩ مارس سنة ١٩٥٠ جازيت مدني باليه ١٩٥٠ — ١ - ٣٠٧ ) .

ومن ذلك أن يخفى العقد رباً فاحشاً ، ويكتب المتعاقدان سبياً غير ذلك ، فيجوز للمدين أن يثبت الربا الفاحش - وهو يخالف المكتوب - بالبيئة وبالقرائن<sup>(١)</sup>.

وقضت محكمة النقض بأن الوارث الذى يظعن فى تصرف صادر من مورثه فى صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية ، وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعاً لإضراراً بحقه فيه ، يجوز له إثبات هذا الاحتيال بأى طريق من الطرق القانونية ، فلا على المحكمة فيما تقضى به من إحالة الدعوى الى التحقيق لتمكين الطاعنين فى التصرف من إثبات حقيقة الواقع فيه بشهادة الشهود<sup>(٢)</sup>.

كذلك يجوز اثبات ما يخالف الكتابة بالبيئة وبالقرائن اذا كان السبب الحقيقى الذى تخفيه الكتابة هو صدور العقد أثناء الحجر على المدين<sup>(٣)</sup> ، أو قيام علاقة غير شرعية بين المدين والدائن<sup>(٤)</sup> ، أو تخفيض ثمن المبيع هرباً من بعض رسوم التسجيل<sup>(٥)</sup> ، أو التحايل على اخفاء الرهن فى صورة البيع هرباً من قانون

(١) نقض مدعى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٢ ص ٣٩٠ - ولقضاء مضطرد فى هذا المعنى . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا ثبت أن عقدين حرراً فى صورة عقد بيع ، وكان الفرض من تحريرهما هو إخفاء فرض ربا فاحش ، فلا محل للقول بأنه لا يجوز الطعن فى العقدين ولا إثبات ما يخالفهما بالبيئة ، لأن جعل عملية تشتعل على ربا فاحش فى صورة عقد بيع فيه مخالفة للنظام العام ، ويجوز إثباتها بالبيئة حتى فيما بين المتعاقدين ( ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٣٢٤ ) . وقضت أيضاً بأن دعاوى الربا للفاحش ليست من الدعاوى التى يلزمها الدليل الكتابى على قياسها . بل تكفى فيها القرائن ، كما أنها ليست مقيدة بتصاب معين لقبول التحقيق فيها أو عدم قبوله ( ٣١ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ ص ٧٠ ) . وقضت محكمة طنطا أنه لما كان الربا الفاحش مخالفاً للنظام العام ، حاز أن يثبت بكافة الطرق أن مبالغ متفقاً عليها فى عقد إيجار هي فى الحقيقة ربا فاحش ، ولركان هذا الإثبات مؤدباً إلى ما يخالف مضمون العقد أو متداولاً مبلغاً تزيد قيمته على الألف قرش ( ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٢٣١ ) .

(٢) نقض مدعى ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٤ ص ٤٩٤ - أنظر أيضاً حكماً آخر فى مسأله المعنى لمكة النقض فى دائرتها المعنية فى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧ .

(٣) محكمة استئناف الإسكندرية ٢٨ يناير سنة ١٩١٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٠٧ ص ١٠٤٧ .

(٤) محكمة استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٤ ص ٦٩ .

(٥) الأستاذ أحمد لغات فى الإثبات ١قرة ٤١٤ مكرر ص ٣٩٠ .

المحصنة الأدلثة<sup>(١)</sup> ، أو هرباً من ضرورة اتخاذ إجراءات التنفيذ<sup>(٢)</sup> ، أو تمجيز بعض الورثة على بعض آخر<sup>(٣)</sup> ، أو غير ذلك من الأسباب غير المشروعة المخالفة للنظام العام<sup>(٤)</sup>

على أنه يجب أن يعزز الادعاء بوجود تحايل على القانون قيام قرائن قوية تجعل وقوعه محتملاً ، حتى يمكن الترخيص بمد ذلك في إثبات هذا التحايل بالبيئة وبالقرائن على وجه حاسم<sup>(٥)</sup> .

وننتهى من معالجة هذه المسألة بملاحظتين

الملاحظة الأولى أنه لا يمكن للتخصيص في إثبات ما يخالف الكتابة بالبيئة وبالقرائن أن يدعى المتعاقد صورية العقد أياً كان سبب هذه الصورية ، بل يجب أن يكون هذا السبب غير مشروع لمخالفته للنظام العام . أما إذا كان السبب مشروعاً فلا يجوز للمتعاقد أن يثبت صورية العقد المكتوب إلا بالكتابة<sup>(٦)</sup> ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

(١) استئناف مخطط ٢١ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١١ .

(٢) الاستئناف سليمان مرقس في أصول الإثبات لفتر ٢٤٢ ص ٤٥١ .

(٣) استئناف أهل ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٢ الهامة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ .

(٤) استئناف مخطط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٩ ص ١٠٢ (الاتفاق على أن شخصاً

لا يزايد على الآخر) — استئناف مخطط ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٩ (اشتراط

مقابل مبالغ فيه من المدين المنزوعة ملكيته في نظير التدخل في المزاينة) — الترافيق الكلية ٢٢

مايو سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٢٣٤ ص ١١٧ (الحصول على اعتراف بالزوجة) — جرجا

الجزلية ١٤ يونيو سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ٤٩ ص ٨٧ (إغفال معاملة تجارية تحت صورة

ودعة لإسكان اتخاذ الإجراءات الجنائية) .

(٥) استئناف أهل ١٢ مايو سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٦٢ — أبريل سنة ١٩١٢

المجموعة الرسمية ١٤ ص ١٧٢ — ٢٤ مارس سنة ١٩١٤ القرائن ١ ص ١٤٧ — ٢٠

أكتوبر سنة ١٩١٤ القرائن ٢ ص ٤٦ — ٢٧ يناير سنة ١٩١٥ القرائن ٢ ص ١٧٩ —

٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ ص ١١٩ — استئناف مخطط ٧ مارس سنة ١٩٠١

م ٢٣ ص ١٩٩ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٤ .

(٦) وقد نفست محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز إثبات الصورية بالقرائن إلا إذا كان

العقد غير سبياً غير مشروع ، أما الادعاء بأنه قد البيع حرر لتسكلة فتنصب المقرر قصدية

أو القصدية فليس من هذا القبيل ، والصورية المدعى بها يجب إثباتها بالكتابة (٢١ مايو سنة

١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٩ ص ١٧٠) — وانظر أيضاً حكم محكمة النقض (ماترة =

والملاحظة الثانية أن الحكم الذي نحن بصدده - جواز الإثبات بالبينة وبالقرائن لوجود تحايل على القانون - وإن كانت تطبيقاته في الكثرة الغالبة منها ترد كما رأينا في نطاق إثبات ما يخالف الكتابة ، وقد حالجناه في هذا المكان لهذا السبب ، إلا أن ذلك لا يمنع من ورود تطبيقات له في نطاق إثبات وجود التصرف القانوني نفسه ، فيكون استثناء وارداً على الشق الأول من قاعدة وجوب الدليل الكتابي . ويقع ذلك عند إثبات الوفاء ، فنرى في يدين غير مشروع ، وأراد استرداد ما وقي به ، جاز له أن يثبت الوفاء - وهو تصرف قانوني - بالبينة وبالقرائن ، ولو زادت قيمته على عشرة جنهات ، لوجود تحايل على القانون<sup>(١)</sup> .

## المبحث الثاني

### الاستثناءات

٢٠٥ - **نوعاه من الاستثناءات** : قلنا أن هناك أحوالاً استثنائية يجوز فيها الإثبات بالبينة وبالقرائن ، حتى لو زادت قيمة الالتزام على عشرة جنهات ، وحتى لو كان المراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يحاوزه . فتكون هذه الأحوال إذن استثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابي بشقيها .

---

= مدنية) في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ (مجموعة أحكام التقاضي رقم ٣٨ ص ١٩٥) وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه ويقضي بعدم جواز إثبات الصورة بالبينة أو بالقرائن إذا كان سببها هو إبطال الشخص مظاهر الثراء ليتيسر زواجه بإحدى البقيات .

(١) مثل ذلك ما قضت به المادة ٧٣٩ من التقنين المدني من جواز استرداد من عسر في المغامرة ما أداه ككاسب ، وله أن يثبت ما أدهى بجميع الطرق . ومثل ذلك أيضاً ما قضت به دائرة التقاضي من أنه يجوز بوجه عام إثبات ما دأبته النفس بالبينة مهما كانت قيمة الالتزام ، فيجوز الإثبات بالبينة فيما يشبه للنصب وفيما قام على القتل ، كماله ما إذا حصل شخص على نفوذ يزيد مقدارها عما تجوز البينة فيه من امرأة في سبيل إحصار زوجها لثالث غيبة مربية (٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ٨٢٠) .

وهذه الاستثناءات ، كما أسلفنا القول ، نوعان :

( النوع الأول ) أحوال يقوم فيها دليل كتابي غير كامل يجعل وجود التصرف القانوني المدعى به قريب الاحتمال ، وهذا الدليل الكتابي غير الكامل يسمى مبدأ الثبوت بالكتابة ( commencement de preuve par écrit ) .

( والنوع الثاني ) أحوال يقوم فيها مانع ، إما من الحصول على دليل كتابي ، وإما من تقديم هذا الدليل بعد الحصول عليه لفقده بسبب أجنبي<sup>(١)</sup> .

## المطلب الأول

مبدأ الثبوت بالكتابة<sup>(٢)</sup>

٢٠٦ - النصص القانوني : تنص المادة ٤٠٢ من التقنين المدني

على ما يأتي :

( ١ ) وكل نوع من طين التوجيه من الاستثناءات مستقل عن الآخر . فقد يوجدان معاً ، ويختار الخصم مثله التمسك بأحدهما . مثل ذلك أن يكون الخصم قد اجتمع عنده دليل كتابي كامل ، ثم فقده بسبب أجنبي ، وفي الوقت ذاته حُرّ حل مبدأ ثبوت بالكتابة . فله إما أن يتمسك بمبدأ الثبوت بالكتابة ويمزجه بالبيئة أو بالفقران ، وإما أن يتقدم لإثبات دعواه بالبيئة أو بالفقران دون أن يقدم مبدأ الثبوت بالكتابة وذلك بعد أن يثبت فقده الدليل الكتابي الكامل بسبب أجنبي . وقد يوجد أحد الاستثناءين دون الآخر ، فيتمسك به الخصم . ويتحقق ذلك في المثل المتقدم إذا ضاع الدليل الكتابي الكامل بأعمال من الخصم ، فليس أمامه في هذه الحالة إلا أن يتمسك بمبدأ الثبوت بالكتابة ويمزجه بالبيئة أو بالفقران (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكرر ٣ ص ٣٤٢ — بارتان حل أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش رقم ١ مكرر ٣ — بودوي وبارد ٤ فقرة ٢٦٦ — بلانول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٥٤٣ ص ١٠٠٤ ) .

هذا ويلاحظ أن البيئة والفقران في حالة فقد الدليل الكتابي الكامل تكونان دليلاً بدلاً ، وليست دليلاً أصلياً كما هي في حالة إثبات التصرف الذي لا تزيه قيمته حل عشرة جنهات . وهي في حالة مبدأ الثبوت بالكتابة دليل تكويني ، وليست دليلاً أصلياً ولا دليلاً بدلاً . وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (بلانول وريبير وجابول ٧ فقرة ١٥٣٠ ص ٩٨٥) .

( ٢ ) انظر في هذا الموضوع : هنري مازو (H. Mazeaud) في الفكرة القانونية من مبدأ الثبوت بالكتابة المنصوص عليه في المادة ١٣٤٧ من التقنين المدني الفرنسي ، رسالة من ليون سنة ١٩٢١ — مانويل (Manuel) في مبدأ الثبوت بالكتابة ، رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٧ — روجيه پرو (Roger Perrot) في مبدأ الثبوت بالكتابة في موسوعة فالوز في القانون المدني ١ ص ٦٦٧ (Encyclopédie Dalloz, Droit Civil) .

١٥ - يجوز الإثبات بالينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

٢٥ - وكل كتابة تصدر من الخصم ، ويكون من شأنها أن تجمل وجود التصرف للمدعى به قريب الاحتمال ، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة .<sup>(١)</sup>

ويقابل هذا النص في التفتين المدني السابق المادة ٢١٧/٢٨٢<sup>(٢)</sup> .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ٥٦ ، وفي التفتين المدني العراقي المادة ٤٩٠ ، وفي تفتين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٤٢ ، وفي التفتين المدني الليبي المادة ٣٨٩<sup>(٣)</sup> .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٠٥ من المشروع المتهدي حل الوجه الآتي :  
١٥ - يجوز الإثبات بالينة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . ٢ - وكل كتابة تصدر من الخصم ، ويكون من شأنها أن تجمل وجود العقد المدعى به قريب الاحتمال ، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة . وفي لجنة المراجعة أضيفت عبارة : « فيما كان يجب إثباته بالكتابة » في الفقرة الأولى ليكون النص أدق ، وأصبح رقم المادة ٤١٥ في المشروع النهائي . ووافقت عليها مجلس النواب بعد استبدال كلمة « التصرف » بكلمة « العقد » في الفقرة الثانية منها . ووافقت عليها لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٢ ، ثم مجلس الشيوخ (بمجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٤٠٥ و ص ٤٠٨ - ص ٤٠٩) .

(٢) وكانت المادة ٢١٧/٢٨٢ من التفتين المدني السابق تجري حل الوجه الآتي : « ومع ذلك فالإثبات بالينة أو بقرائن الأحوال يجوز قبوله إذا كان الدين أو التخليص منه صار قريب الاحتمال بورقة صادرة من الخصم المطلوب الإثبات عليه . » ونرى من ذلك ألا فرق في الحكم ما بين التفتين المدني الجديد والتفتين المدني القديم في هذا الموضوع ، رغم الاختلاف في العبارة .

(٣) نصوص التفتينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٥٩ :  
١ - يجوز الإثبات بالبجادة في الالتزامات القانونية متى لو كان المطلوب يزيد قيمته على مائة ليرة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . ٢ - ومبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر عن الخصم ويكون من شأنها أن تجمل وجود العقد المدعى به قريب الاحتمال . (ويلاحظ أن الفقرة الأولى من هذا النص قاصرة ، حيث تقول : متى لو كان المطلوب يزيد قيمته على مائة ليرة . وكان الأولى أن يقال بدلا من ذلك : فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، متى يرد الاستثناء على قاعدة وجوب الدليل الكتابي بشقها ، فيشمل ما إذا كان المطلوب يزيد قيمته على مائة ليرة وما إذا كان المراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . كذلك كان الأفضل استعمال عبارة « التصرف القانوني » بدلا من عبارة « الالتزامات التصاقية » ، إذ العبارة الأولى أعم من العبارة الثانية . فيما عدا ذلك يتفق نص التفتين السوري مع نص التفتين المصري ) .

## ويقابل في التقنين المذنب الفرنسي المادة ١٣٤٧<sup>(١)</sup>

### ٢٠٧ - نطاق مبدأ الثبوت بالكتابة : ويتبين من نص التقنين المذنب

المصري أنه إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة بالشروط التي سنفصلها - جاز إثبات التصرف القانوني بالينة أو بالقرائن أو بهما معاً ، أي أن البينة والقرائن تأتي معززة لدليل كتابي ناقص فتكمله<sup>(٢)</sup> . ومبدأ الثبوت بالكتابة ، معزراً بالينة أو بالقرائن ،

= التقنين المذنب العراقي م ٤٩٠ : تطابق نص المادة ٥٦ من قانون البينات السوري ، ويرد عليها نفس الاعتراضات .

تقتضي أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٤٢ : تقبل البينة الشخصية : (٢) إذا وجدت بدالة بينة خطية ، أي بخطوة ولو خالية من التوقيع ، صادرة عن المذنب عليه أو عن من يمثله ، يحمل الوثيقة المزعومة قابلية للتصديق . (وهذا النص يفتقر في حكمه مع نص التقنين المصري) .  
التقنين المذنب السلطنة البينية المتحدة م ٣٨٩ : تطابق المادة ٤٠٢ من التقنين المذنب المصري .

(١) التقنين المذنب الفرنسي م ١٣٤٧ : ١ - ويستثنى من القواعد المتقدم ذكرها ( أي من وجوب الدليل الكتابي في إثبات تصرف تزيده قيمته على ٥٠٠٠ فرنك وفي إثبات ما يخالف الكتابة أو يمازها ) الأحوال التي يوجد فيها مبدأ ثبوت بالكتابة . ٢ - ويقصد بمبدأ الثبوت بالكتابة كل ورقة مكتوبة صادرة من الخصم الموجه إليه الطلب أو من شخص يمثله هذا الخصم ، ويمكن من شأنها أن تجعل الورقة المذنب بها قريبة الاحتمال . (هذا ومبدأ الثبوت بالكتابة صرف في القانون الفرنسي القديم عذب صدور أمر مولان عن طريق القضاء ، واستقر في نصوص الأمر الصادر في سنة ١٦٦٧ ، وانتقل إلى يوتيه ، ومنه إلى التقنين المذنب الفرنسي على الوجه الذي نراه : بودوي وبارد ٤ فقرة ٢٥٨٠ - بلانول وديير وجابول ٧ فقرة ١٥٢١ - بيدان وروبر ٩ فقرة ١٢٧٢) .

Art. 1347 : Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.

(٢) ذلك أن البينة والقرائن تستند في هذه الحالة إلى ورقة مكتوبة ، فيمكن أن يفتقر عليها من الثقة ما يعوزها لو لم تستند إلى الورقة المكتوبة (بلانول وديير وجابول ٧ فقرة ١٥٢١) . وقد قدسنا أن البينة والقرائن تعبر في هذه الحالة دليلاً تكليفاً لا دليلاً أصلياً ، ولكننا دليل ضروري وبغيره يكون الإثبات ناقصاً (استئناف مخطوط ٩ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٣) . وسنرى أنه يجوز أن يكون التحليل التكميل لبداً للثبوت بالكتابة هي البينة الممتدة ، لا البينة ولا القرائن .

وقد جده في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا المسعى ما يأتي : « وينبغي التنويه بما تضمنه الفقرة الخامسة التي ينظر بها هذا الاستثناء من بالغ الأهمية ، ذلك أنه يحمل الإثبات »

يكون دليلاً كاملاً في كل ما كان يجب إثباته بالكتابة . فيكون دليلاً كاملاً على :  
(١) تصرف قانوني تزيد قيمته على عشرة جنيهات (٢) ما يخالف الكتابة أو  
يجاوزها (٣) تصرف قانوني اشترط القانون بنص خاص أن يكون إثباته بالكتابة  
كالصلح والكفالة . ولكنه لا يصلح دليلاً على تصرف شكله كالمطالبة والرهن  
الرسمي ، إذ هو لا يعمل على الشكل ، فان الشكل ذاته ركن في التصرف (١) .

بالبينة جائزاً إذا جاوزت القيمة مبلغ عشرة جنيهات من ناحية ، ويجعله جائزاً كذلك لنقص  
الثابت كتابة وإقامة الدليل على الإضافة إليه من ناحية أخرى . ففي وجد مبدأ ثبوت بالكتابة  
بأن الالتزام المدعى به جاز الإثبات بالبينة ، فهي هذا الوصف تكل ما يتصور الدليل المستخلص  
من هذا المبدأ من نقص ونقص . وينبغي لتوجيه هذا الحكم ما هو ملحوظ من أن مبدأ البتوت  
بالكتابة يجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال . ويعتبر هذا الوجه ضلماً كافياً لعدم الأخطار  
التي تكثف الإثبات بالبينة . ثم إن البينة لا تكون في هذه الحالة إلا دليلاً مكلاً أو مفساً  
( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٦ ) — هذا ويسر عادة مبدأ البتوت بالكتابة في كثير  
من النصوص حتى تنكسر هذه التنظيم القانوني للإثبات . فتلعب البينة والقرائن في مواضع مختلفة  
الصفة بغيرها فيها ، وما كانت لتقبل لولا فكرة مبدأ البتوت بالكتابة . وهذه الفكرة إذن  
تصادق كثيراً ما لفوقه الصرامة التي تطرق عليها دقة تنظيم الإثبات ، وهي صام الأمان الذي  
يكتفل لقواعد الإثبات أن تسرى في ذلك ويسر ( يبدان دور ٩ فقرة ١٢٧٢ ) .

(١) ومع ذلك نقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذه المسألة ما يأتي : وأما فيما  
يعلق بطلاق تطبيق هذا النص فليس شك في أنه لا يسرى حيث تكون الكتابة شرطاً من شروط  
صحة الالتزام يرتب البطلان على تحلقه ولو كانت القيمة أقل من عشرة جنيهات ، كما هو الشأن  
في المحررات الرسمية . ذلك أن الكتابة أو الأوضاع الشكلية لا تكون في هذه الحالة مجرد دليل  
لحسب ، بل تعتبر ركناً أو شرطاً من شروط الصحة الموضوعية . على أن الخلاف قد أثير في الفقه  
بصدد الالتزامات التي يشترط فيها القانون الكتابة دون أن ينص على البطلان ، ولا سيما بالنسبة  
للإيجار ( وكان التقنين المدني السابق يشترط في إثباته الكتابة ) . والراي أن الالتزام يرتب  
صحةً في هذه الحالة ، ولكن لا يمكن إثباته إلا بالإقرار أو اليمين ، لأن البينة قد استبعدت  
صراحة بالنص ، فليس يجوز اللجوء إليها من طريق غير مباشر بالالتجاء إلى مبدأ البتوت بالكتابة .  
( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٦ ) . هذا وكانت المادة ٤٦٣/٤٤٦ من التقنين المدني  
السابق تنص على أن « صدق الإيجار الحاصل بغير كتابة لا يجوز إثباته إلا بإقرار المدعي عليه  
أو امتناعه عن اليمين إذا لم يبدأ في تنفيذ العقد المذكور » . وكان القضاء في ظل التقنين السابق  
( قبل أن ينضم التقنين الجديد صدق الإيجار لقواعد الإثبات العامة ) يقتضي بأنه لا يجوز إثبات  
صدق الإيجار بمبدأ ثبوت بالكتابة ولو حازته البينة والقرائن . وقد دافع الفقهاء أوبري دور  
بأسباب من جواز إثبات صدق الإيجار في القانون الفرنسي بمبدأ ثبوت بالكتابة مزرراً بالبينة  
أو بالقرائن ( أوبري دور ١٢ فقرة ٧٦٣ مكرر ٣ علمي وتم — وانظر أيضاً في هذا المعنى  
بوبري وبارد ٤ فقرة ٢٦١٧ — بلانيرول وديير وجابولك ٧ فقرة ١٥٤٣ ص ١٠٠٥ ) .



٢٠٨ - أثره مبدأ الثبوت بالكتابة : وحتى يكون هناك مبدأ ثبوت بالكتابة يجب ، وفقاً للنص الذى قدمناه ، أن تتوافر أركان ثلاثة : (١) أن تكون هناك ورقة مكتوبة . (٢) وأن تكون هذه الورقة صادرة من الخصم الذى يحتاج بها عليه أو ممن يمثل . (٣) وأن يكون من شأن هذه الورقة أن تجعل وجود التصرف القانونى قريب الاحتمال (١) .

### ٥ ١ - وجود ورقة مكتوبة

٢٠٩ - الأعمال المادية لا تكون مبدأ ثبوت بالكتابة : لابد لتوافر الركن الأول من وجود ورقة مكتوبة . أما مجرد الأعمال المادية ، إيجابية كانت أو سلبية ، ولو كانت ثابتة بالبيئة أو بالقرائن ، فلا تكفى . ويترتب على ذلك أن تنفيذ الالتزام ، إذا انطوى على أعمال مادية محضة كبناء منزل أو نقل بضاعة ، وثبت بغير الكتابة كما هو الشأن فى هذه الأعمال إذ تثبت عادة بالبيئة أو بالقرائن أو بالمعاينة ، فإنه لا يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . أما إذا كان تنفيذ الالتزام ينطوى على تصرف قانونى كالوفاء بمبلغ من النقود ، فلا بد من إثبات

= ويبدو أن محكمة النقض فى مصر تظن هذا الرأى فيما يتعلق بهذه شركة المضامن . فقد قضت بأن هذه شركة المضامن ليس من المعلوم الشكلية حتى يهمل إذا لم تحرر به كتابة ، بل حكم سائر القواعد التى يفرط فيها الإثبات بالكتابة ، إذ أن المادة ٤٩ من قانون التجارة لم تنص على وجوب الكتابة إلا لبيان نوع الدليل الذى يقبل فى إثبات شركة المضامن ، كما نصت المادة ٢١٥ مدق على وجوب الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة المصعد على ألف قرص . ولما كان مبدأ الثبوت بالكتابة يقوم فى القواعد المدنية مقام الإثبات بالكتابة إذا أبدته الشهود والقرائن ، فإن باب أولى فى مسألة تجارية ، لأن القاعدة فى المواد التجارية أنه يجوز الإثبات بغير الكتابة طبقاً للمادة ١١٥ المذكورة (نفس مدق ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٤ المحل ٢٦ رقم ٢٩٧ ص ٨٦٩) . والأولوية التى تفيدها محكمة النقض للسائل التجارية فى الإثبات بغير الكتابة ليس من شأنها أن تمنع قيام مبدأ الثبوت بالكتابة ممزواً بالبيئة أو بالقرائن مقام الدليل الكتابى الكامل فى الصفقات التجارية والمصرفيات المدنية على السواء .

(١) ونقول الأساتذة بلايول وديير وجابوله أن القضاء الفرنسى يتوسع فى تفسير الركن الأول من مبدأ الثبوت بالكتابة المطلق بمادته (substance) ، ويضيق من تفسير الركن الثانى المطلق بمصدره (origine) ، ويستيق لقاضى الموضوع سلطانه فى تقدير الركن الثالث المطلق بدلالته (pertinence) (بلايول وديير وجابوله ٧ فقرة ١٥٣١ ص ٩٨٦) .

هذا التنفيذ وهو تصرف قانوني بورقة مكتوبة إذا زادت القيمة على عشرة جنيهات . وهذه الورقة - سواء كانت دليلاً كتابياً كاملاً على التنفيذ أو لم تكن إلا مبدأً لثبوت بالكتابة - تكون في الوقت ذاته مبدأً لثبوت بالكتابة بالنسبة إلى إيجابات وجود الالتزام . فإذا كان الوفاء منصباً على مبلغ لا يزيد على عشرة جنيهات وكان هذا هو كل الدين ، فإيجابات الوفاء يجوز بالينة وبالقرائن ، ولكننا في هذه نكون في غير حاجة إلى مبدأً لثبوت بالكتابة لإيجابات الالتزام ذاته ، إذ يجوز إثباته هو أيضاً بالينة وبالقرائن .

وقد يكون مبدأً لثبوت بالكتابة أعمالاً مادية تسجل بعد ذلك في ورقة مكتوبة ، فنحن ذلك تكون هذه الورقة المكتوبة - لا الأعمال المادية - هي مبدأً لثبوت بالكتابة<sup>(١)</sup> .

٢١٠ - **الشروع في الوفاء** : وقد كان التقنين المدني السابق ينص في المادة ٢٨٦/٢٢١ منه على أن الشروع في الوفاء يصح أن يكون عند الانقضاء سبباً للقاضي في أن يأذن بالإيجابات بالينة . ولم يستثن التقنين الجديد هذا النص ، وقد كانت هناك فائدة في استبقائه ، إذ يتميز في بعض صورته عن مبدأً لثبوت بالكتابة . ذلك أن الشروع في الوفاء قد يكون عملاً مادياً محضاً ، فيثبت به غير ورقة مكتوبة . وكان في هذه الحالة ، وفقاً لنص المادة ٢٨٦/٢٢١ من التقنين المدني السابق ، يصلح سبباً للقاضي في أن يأذن في الإيجابات بالينة . أما بعد أن أخص التقنين المدني الجديد إيراد هذا النص ، فلم يعد الشروع في الوفاء يصلح

(١) بل قد بلغ الأمر حد الاستغناء عن إبراز الورقة المكتوبة ذاتها ، إذا ثبت وجودها وكذلك مصلحتها من طريق الإقرار أو البين ، لا من طريق البينة أو القرائن (بودي وهادي ، ٤ فترة ٢٥٨٥ - بلانول وريير وجيهول ٧ فترة ١٥٣٢ ص ٩٨٩ - دي بلج ٣ فترة ٨٩٣ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فترة ٢٢٣ ص ٤٠٧ . ويجب أن يذكر الإقرار ما هي الورقة المكتوبة وما الذي تفصل عليه من بيانات ( نقض حق ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة حر ٥ دلم ١٢٩ ص ٣٨٧ . ويتبين من ذلك أن الورقة لم تعد هي ذاتها مبدأً لثبوت بالكتابة ، بل هي ليست إلا مجرد دليل عليه ، وهي دليل يمكن الاستغناء عنه بالإقرار واليمين ( بلانول وريير وجيهول ٧ فترة ١٥٣٢ ص ٩٨٩ - بومان وبرد ٩ فترة ١٢٧٤ ص ٣٥٧ ) .

في هذه الحالة أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة يميز الإثبات بالبيئة (٣).

وإذا كان الشروع في الوفاء تصرفاً قانونياً كالوفاء بمبلغ من القنود أو دفع القنود ، فإن كان المبلغ الموقى به أكثر من عشرة جنيهات فلا بد في إثبات الوفاء من ورقة مكتوبة . وعندئذ تصلح هذه الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الالتزام ذاته ، دون حاجة إلى استيفاء نص المادة ٢٨٦/٢٢١ من المقتنين السابق . أما إذا كان المبلغ الموقى به لا يزيد على عشرة جنيهات ، فيمكن إثبات الوفاء وحده بالبيئة أو القرائن دون ورقة مكتوبة . ولكن إثبات الوفاء بالبيئة أو بالقرائن في هذه الحالة لا يمكن الطرح به ، كما قلنا ، لإثبات الالتزام ذاته إذا كان يزيد على عشرة جنيهات ، حتى في عهد المقتنين السابق ، بل يجب الوصول إلى إثبات الالتزام أن يكون الوفاء ثابتاً بورقة مكتوبة . وهنا أيضاً تصلح هذه الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الالتزام ذاته دون حاجة إلى استيفاء نص المادة ٢٨٦/٢٢١ (٣).

(١) فإذا كان الشروع في التنفيذ المادى قد ثبت ، ولو بالبيئة أو بالقرائن ، أنه وقع قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، جاز أن يكون سبباً لإثبات الالتزام على تزويد نفسه على عشرة جنيهات بالبيئة أو بالقرائن وفقاً لأحكام المقتنين المدف السابق . أما منذ ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ فلم يعد هذا الشروع المادى صليماً إلا أن يكون مجرد قرينة قضائية ، لا يجوز قبولها إذا زادت قيمة الالتزام على عشرة جنيهات أو كان أفراد إثباتات ما يخالف الكتابة أو يمازها .

(٢) وعند ذلك فقط - أي في حالة الشروع في الوفاء إذا انطوى على تصرف قانوني لا في حالة الشروع في الوفاء المادى - يصدق ما جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد على الوجه الآتى : «ومن أسطة الأوراق التي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة المحررات الملتزمة لهذه التنفيذ أو الوفاء بالقنود أو الإبرادات ، وقد أفرد لها المقتنين المصري (السابق) للمقتنين ٢٢١-٢٢٢/٢٢٢-٢٨٧ . ولما كان الملحوظ في أحكام هاتين اللاعتين أنها ليست سوى تطبيق لقاعدة العامة ، لذلك لم تر ضرورة قصص عليها ، إذ في تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة ما يفي فيها ، (مجموعة الأعمال المحضرة ٣ ص ٤٠٧) .

وقد كان المقتنين المدف السابق يشغل على نص آخر ، لم يستفده المقتنين المدف الجديد ، هو المادة ٢٨٧/٢٢٢ ، وكان هذا النص ينص بأن «دفع القنود يكون سبباً لجواز إثبات أصل الدين بغير الكتابة» . ولما كان دفع القنود ليس إلا شروفاً في الوفاء بالمدين عن طريق تصرف قانوني لا عن طريق عمل مادي ، فإن مبدأ الثبوت بالكتابة ينفي عن استيفاء المادة ٢٨٧/٢٢٢ ، كما بينا فيما قلناه . (أنظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٢٠ - الأستاذ عبد المنعم فريج الصفحة ص ٢٠٧) .

ويخلص من ذلك أن المادة ٢٨٦/٢٢١، إذا كان يسطوع الاستثناء منها في حالة ما إذا كان الشروع في الوفاء يتطوّر على تصرف قانوني ، فقد كانت هناك غلطة في استثنائها في حالة ما إذا كان الشروع في الوفاء يتطوّر على عمل مادي (١) .

٢١١- أيز كتابه نصلح سبباً ثبوت بالكتابة : وكل كتابة تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، أيما كان شكلها وأياً كان الغرض منها .

فلسند غير موقع - إذ السند للموقع يكون دليلاً كتابياً كاملاً - ودفاتر تجارية ، وسجلات وأوراق منزلية ، ومراسلات موقعه كانت أو غير موقعه ، ومؤرخة أو غير مؤرخة ، وموجهة إلى من يصححها أو موجهة إلى الغير مادام يمكن تقديمها إلى القضاء ، وتأشيرات على سند الدين ، كل هذه تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، هذا إذا لم تكن دليلاً كاملاً في الحالات التي نص القانون فيها على ذلك وقد تقدم بيانها .

كذلك يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة محاضر الجرد ، ودفاتر الحساب ، والإيصالات (٢) ، والمخالصات ، والتأشيرات المدونة في هامش الأوراق

(١) وهذا ما جعل القانونين المدني الإيطالي السابق الصادر في سنة ١٨٦٥ يزود هذا النص في المادة ١٣٥٤ منه . وقد نقل عنه القانونين المدني المصري السابق نص المادة ٢٨٦/٢٢١ . واستبقى الشروع للفرنسي الإيطالي نص القانونين الإيطالي في المادة ٣٠٥ منه . وكان من الخير استبقاء نص المادة ٢٨٦/٢٢١ فإنه يسد فراغاً ، ولا يمكن أن يصطنع منه في جميع صورته مبدأ للثبوت بالكتابة كما رأينا (أنظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٢٩) .

(٢) وقد نفقت محكمة النقض بأن الإيصالات المحلى من البائع لمن استرد منه هذه البيع لدى كان قد أودعه إياه يجوز المشتري أن يعتمد عليه في إثبات حصول البيع له ، متى كان قد حصل عليه برهانا المردود لديه ( نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٨ ص ٢٧٩ ) . ونفقت دائرة النقض الجنائية بأنه إذا أخذ أحد ضباط الفرقة ثمة البديل العسكري من والد أحد المقتربين وبددها ، وزور شهادة صافاة باسم المقترب المذكور ، فإن هذه الشهادة المزورة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى تسلم المبلغ ( ٧ يناير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٣ ص ٤ ) . ونفقت محكمة استئناف مصر بأن الإيصالات المحرر من أحد ضمتين بتدبير مبلغ من الآخر طرفة المزايعة يمه مبدأ ثبوت بالكتابة (٢١ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة ٣ رقم ٢٠٩ ص ٢٧٦) . ونفقت محكمة جرجا بأنه إذا قدم المدين ورقة تعهد بأنه بعد تاريخ اصطفاك الدين دأين هو المدين يدين آخر ، أصبحت هذه الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة على المخاصة من المدين الأول ( ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٦ المجموعة ٨ رقم ٣٨٢ ص ٥٨٥ ) .

والسندات أو في ظهرها ، وللمذكرات الشخصية ولو كانت مدونة في أوراق  
مشورة ، وصور الأوراق الرسمية ، وصور الأوراق العرفية كصورة العقد  
المسجل<sup>(١)</sup> .

وتصلح الأوراق القضائية ونحوها من الأوراق أن تكون مبدأ ثبوت  
بالكتابة ، حتى لو كانت أوراقاً في قضية أخرى ، وذلك كاليانينات المدونة  
في أسباب الحكم<sup>(٢)</sup> ، وما ورد في محاضر الجلسات ومحاضر التحقيق<sup>(٣)</sup> ،  
والإقرارات التي تدون في مذكرات الخصوم ولو أمضاها الوكلاء عنهم<sup>(٤)</sup> ،  
واليانينات التي تقدم لمصلحة الشهر العقاري أو لمصلحة البريد أو للمصالح  
الحكومية الأخرى وتدون في أوراق رسمية<sup>(٥)</sup> .

(١) وقد تقدم بيان أن الصورة الفوتوغرافية للعقد المسجل تعتبر على الأقل مبدأ ثبوت  
بالكتابة . كذلك الشهادة التي تستخرج من دفتر التصديقات على الإيضاحات والأحكام المرفق بها  
على المحررات العرفية هي صورة رسمية لما يدون في هذا الدفتر من ملخص المحرر ، وليست صورة  
لورقة العرفية ، ولذلك فإنه يجوز الاستناد إليها كدليل ثبوت بالكتابة في إثبات هذا العقد (نقض  
مدف ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٨ ص ٢٧٩) . ولكن محكمة النقض نقضت  
لإثبات صورة العقد ، بأنه إذا كان الحكم لم يثبت في صورة عقد البيع على شهادة من واقع دفتر  
التصديق على التوقيعات ، بل اطلعت المحكمة على كتابة مدونة في الدفتر المذكور بها إضفاء القدر  
وقع به أمام الكاتب المختص ، فإنه يكون قد احصل على سند كتابي صالح للاحتجاج به على الموقع  
وعلى خلفائه لا على صورة محرر عرفي . من أية قيمة في الإثبات ( نقض مدف أول ديسمبر  
سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨ ) . ويبدو أن المحكمة اعتبرت الشهادة  
التي تستخرج من دفتر التصديقات مبدأ ثبوت بالكتابة ، أما الكتابة المدونة في دفتر التصديقات  
فاعتبرتها دليلاً كتابياً كاملاً .

(٢) استئناف مخطوط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٧ .

(٣) وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأن أقوال المتهم في أثناء التحقيق يمكن أن تكون  
مبدأ ثبوت بالكتابة إذا استوت على تنقضي أو تبين يدل على سوء نية ، ولم تكن هذه الأقوال  
ظاهرة بحيث تكون اعترافاً صريحاً ( ١٥ نوفمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٢٨ —  
استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١ ص ٢٢ — الاستئنافية ١٧  
فبراير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٠٥ ) — وقضت محكمة استئناف مصر أيضاً بأن  
المحضر الذي يحرره قس بدار البطريركية بأن زوجة المورث اشترت من مال زوجها المثل  
موضوع النزاع وهم انكادها بصحتها على حيلة المحضر منه مبدأ ثبوت بالكتابة ( ٢٢ أبريل  
سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٢ ص ٩٨٧ ) .

(٤) استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٧ رقم ١٠ ص ١٧ .

(٥) وقد جند في المذاكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « فالشرط الأول وهو وجود =

ويجوز أن يستخلص مبدأ الثبوت بالكتابة من مجموع أوراق مغرقة. لا من ورقة واحدة ، كما إذا كانت الورقة الصادرة من النقص تشير إلى ورقة أو أوراق أخرى غير صادرة منه ولكنها هي ، دون الأوراق الأخرى ، التي تجعل وجود النقص القانوني قريب الاحتمال<sup>(١)</sup> .

٢١٢ - المستندات الباطلة : والسند الرسمي إذا كان باطلاً - أي إذا كان سبب بطلانه - وكان موقعاً من ذى الشأن ، تكون له قيمة الورقة العرفية كما سبق القول . فمن باب أولى يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا لم يكن صالحاً لأن يكون دليلاً كتابياً كاملاً .

أما إذا كان السند الرسمي الباطل غير موقع من ذى الشأن ، وكان عدم التوقيع راجعاً إلى جهل ذى الشأن بالكتابة أو عدم استطاعته إياها أو رفضه للتوقيع ، فإنه يصلح كذلك أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة<sup>(٢)</sup> . وقد رأينا أن الورقة الرسمية الباطلة ، إذا كانت غير موقعه من المدين ، لا تكون لها قيمة الورقة العرفية ، حتى لو كان الموثق قد ذكر فيها حجز المدين عن التوقيع ، ولكنها في هذه الحالة تصلح ، كما قلنا ، أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة . أما إذا كان السند الرسمي الباطل غير موقع عليه ، لا لجهل بالكتابة أو عدم استطاعته لها أو رفض التوقيع ، فإنه يكون مجرد مشروع لم يتم ، ولا تكون له قيمة الورقة العرفية ، ولا يصلح كذلك أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . وإذا كان السند الرسمي الباطل صادراً من عدة مدنيين متضامنين ولم يوقعه إلا بعض هؤلاء ، فلا تكون له قيمة

= كتابة لو مجرد عام فلا تـلفظ بالكتابة يصرف إلى أوسع معانيه فهو يشمل كل ما يجرى به من تصرفات شكل ما أو وجود توقيع . وذلك لصلح نفس عبارة « نكل كتابة » ( مجموعة الأعمال المحفوظة ٣ ص ٤٠٧ ) .

(١) يارتان حل أبريل ورد ١٢ بقرة ٧٦٤ ص ٣٤٧ و ص ٣٤٨ و عاش رقم ٦ مكرر ٢ - بلايول وديور وديور وديور ٧ بقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٨ - ومن باب أولى إذا قست في دعوى تصاصات ورق مجموعة ينسبها إلى بعض بطريق الحق ، فاستدلت المحكمة منها على أنها أجزاء لأصل واحد ، واعتبرتها ، لا ورقة واحدة كاملة ، بل مبدأ ثبوت بالكتابة ، فلذلك ليس فيه خطأ في تطبيق القانون ( نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقص ٣ دقم ١٧ ص ٨٧ ) .

(٢) بلايول وديور وديور وديور ٧ بقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٧ .

الورقة العرفية ، وكذلك لا يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، لا بالنسبة إلى من لم يوقع لعدم التوقيع ، ولا بالنسبة إلى من وقع لأنه لم يوقع إلا كدين متضامن مع آخرين فلو صلحت مستقلاً ضده لفقد حق الرجوع على من لم يوقع من هؤلاء المدينين <sup>(١)</sup> .

والسند العرفي ، إذا كان باطلا لعدم التوقيع عليه ، يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مكتوباً بخط المدين أو كان صادراً عنه أو عن يمثله <sup>(٢)</sup> . وكذلك السند العرفي الموقع عليه أو الصادر من المدين ، دون ذكر لغيره المدين ، يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، فيجوز إثبات الدين بالينة أو بالقرائن ، ولا يمد هذا إثباتاً لما يجاوز الكتابة لأن الكتابة هنا ليست دليلاً كتابياً كاملاً بل مبدأ ثبوت بالكتابة .

### ٢١٣ - البيانات السلبية - تخلف القصر عن المحضر للمستجواب

أو امتناعه عن الإجابة : وفي بعض الحالات قد يكون مجرد بيان سلبى ، أى مجرد إغفال ذكر بيان في ورقة مكتوبة ، صالحاً لأن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأن السكوت ، إذا كان ذا دلالة على الوفاء ، ومرتبلاً بورقة متعلقة بالدين ، يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة <sup>(٣)</sup> . وقضت محكمة استئناف مصر بأن مبدأ الثبوت بالكتابة قد ينتج من عدم ذكر أمر في ورقة محتوية عادة ، كما إذا لم يذكر الورقة في محضر جرد أموال مورثهم ديناً من الديون ، فإن هذا يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة في التخلص من هذا الدين <sup>(٤)</sup> . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن عدم ذكر دين متنازع عليه في محضر

(١) بلانويك وديريه وجايرول ٧ فقرة ١٥٢٢ ص ٩٨٧ .

(٢) أما في فرنسا فالسند العرفي قد يكون باطلاً أيضاً لعدم تعدد التوقيع في العقود الملزمة للجانبين ، أو لعدم ذكر عبارة الاعتماد في العقود الملزمة لجانب واحد ، والسند العرفي الباطل لسبب من طين يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة (محكمة النقض الفرنسية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ ص ١٩٤٦-٢٩- بلانويك وديريه وجايرول ٧ فقرة ١٥٢٢ ص ٩٨٨) .

(٣) استئناف أسبوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ الصفحة ١٠ رقم ٧٨ ص ١٥٦ .

(٤) استئناف حبر ٨ يونيو سنة ١٩٢٧ الصفحة ١٨ رقم ١٢٠ ص ٢٧٨ .

جود قد يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، على أسس أن محضر الجرد التخلل من ذكر الدين هو الورقة المكتوبة (١).

وتضريماً على هذا المبدأ نصت المادة ١٧٣ من تقنين المرافعات الجديد على أنه «إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول ، أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني ، جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك». والورقة المكتوبة في هذه الحالة هي المحضر الرسمي الذي دون فيه تخلف الخصم عن الحضور أو امتناعه عن الإجابة (٢).

(١) نفس فرنس ١٩ يناير سنة ١٩٠٤ والقوز ١٩٠٤-١-٢٩٥.

(٢) وكان تقنين المرافعات السابق (١٦١-١٦٢/١٨١-١٨٢) يجرى على الوجه الآتي : «إذا ثرت المحكمة استعجواب شمس من وقائع متصلة بالصدور وجائزة القبول ، وامتنع عن الإجابة أو لم يحضر في اليوم المحدد لذلك ، فإن المحكمة تنظر فيما يحمله ذلك . ويوسع لما أن يحكم بأن هذا الاعتناع ما يؤيد بطلبات الوقائع الملحة عليها الأسطة بالية ، ولو كانت الحالة مما لا تميز للقوانين الإثبات فيها بذلك». ويبدو أن سلطة القاضي ، في تقنين المرافعات السابق ، كانت أوسع منها في التقنين الجديد ، فقد كان القاضي يستطيع ، بما له من حق النظر فيما يحمله اعتناع الخصم عن الحضور أو عن الإجابة ، أن يحجر هذا الاعتناع إقراراً كاملاً ، كما أنه أن يصدر مبدأ ثبوت بالكتابة ، أو قرينة قضائية بسيطة تنقل صبه الإثبات إلى الخصم الممتنع عن الحضور أو عن الإجابة . أما في تقنين المرافعات الجديد ، فوسع سلطة القاضي هي أن يصير الاعتناع عن الحضور أو عن الإجابة مبدأ ثبوت بالكتابة .

وقد قضت محكمة النقض ، في حصة تقنين المرافعات السابق ، بأنه إذا كانت المحكمة قد استجوبت طرفي الخصوم فيما تقدم به للدين من القرائن لتعديل على كلب الإصدار ، فإن محضر هذا الاستجواب لا يمكن إحصاءه لذلك مبدأ ثبوت بالكتابة ، لأنه يجب لأصابعه كذلك أن يكون قد تضمن قولاً صادراً من وراء الإثبات صفة جعل الحق المراد إثباته بالية قريب الاستحالة . فإذا كان الثابت في المحضر أن كلاماً من الطرفين قد أصر إصراراً قاطعاً على وجهة نظره : «الدين ينكر إنكاراً مطلقاً كل ما يدعيه المدين ولقنين حصر على دعواه ، فإنه لا يمكن إحصاءه مبدأ ثبوت بالكتابة ( نفس مدني ٢ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة حر ١ رقم ٩٩ ص ٢٥٦ ) . أما إذا تضمن محضر الاستجواب ما يجعل القرائن للادعاء قريبة الاستحالة ، صح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة (استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٣١ الجلسة ١٢ رقم ٤٥ ص ٦١- استئناف عسقلان ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٠ ص ٢٢٢ ص ٢٩٤) . ولا يتبرر على اعتناع المدعي المثلل من المحاورة على الأسطة المرجحة إليه من قنياه وأنه التحقيق جوز قبول الإثبات بالية في غير الأحوال التي أجاز فيها للقانون الإثبات بهذه الطريقة ، ولأن امتناعه في هذه الحالة لا يمكن أن يقبل باعتناع أحد الخصوم في دعوى مدنية من المحاورة على الأسطة التي وجهت إليه لأنه استجوابه من وقائع مدنية ( استئناف أهل أول مارس سنة ١٩٠٠ المجموعة قديمة ٢ ص ١٢ ) . هذا =



فكان الواقعة التي يتكون منها مبدأ الثبوت هي واقعة مستقلة عن الكتابة، وليست الكتابة الا لإثباتها<sup>(١)</sup>.

٢١٤ - التاريخ الثابت لمبدأ الثبوت بالكتابة: يميز الفقه في فرنسا بين ورقة عرفية موقع عليها وقد أعدت للإثبات ولكنها لا تصلح الا مبدأ ثبوت بالكتابة - وذلك كالورقة العرفية التي لم تعدد نسخها أو لم تحمل عبارة الاعهاد المعروفة - وبين ورقة عرفية لم يقع عليها ولم تعد للإثبات وتصلح مع ذلك أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة - وذلك كدفاتر التجار والسجلات والأوراق المنزلية والمذكرات الشخصية. وفي الحالة الأولى لا يكون تاريخ الورقة حجة على الغير الا اذا كان ثابتاً وفقاً للطرق التي سبق بيانها في ثبوت التاريخ، وذلك بالرغم من أن الورقة ليست الا مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة. وفي الحالة الثانية يكون تاريخ الورقة حجة على الغير دون حاجة الى أن يكون تاريخاً ثابتاً، وللغير أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح بجميع الطرق لأنه ليس طرفاً في الورقة<sup>(٢)</sup>.

ولما كانت الحالة الأولى لا تتحقق في مصر، اذ هي ترجع الى أحكام في التقنين الفرنسي أغفلها التقنين المصري - تعدد النسخ وعبرة الاعهاد - فانه يمكن القول أن مبدأ الثبوت بالكتابة في القانون المصري يكون تاريخه حجة على الغير دون حاجة الى أن يكون ثابتاً. والغير الذي ينازع في صحة هذا التاريخ يستطيع أن يثبت عدم صحته بجميع الطرق، حتى بالبينه أو بالقرائن، لأنه من الغير وليس طرفاً في الورقة التي يحنج بها عليه كبدأ ثبوت بالكتابة كما سبق القول.

٢١٥ - ما هو يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة: ويتبين مما قدمناه أنه لا يكون هناك مبدأ ثبوت بالكتابة إذا لم تكن هناك ورقة مكتوبة يستند إليها في الإثبات،

وقد جله في قرار محكمة تمييز لبنان وأن تناقض المسمى عليه في أنفواه بعد مبدأ ثبوت بالكتابة، ما يجوز منه الإثبات بالشهادة والمقرينة (محكمة التمييز اللبنانية رقم ٩٠٠ تاريخ ١٩٨٠/٤/٢٥ مجلة المحام سنة ١٩٨١ قسم ٤ ص ٧ - انظر الأستاذ حسين المومن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٩١٦).

(١) بلانويك وديبيز وجابونيه ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٩.

(٢) بارتان على توبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٢١ - ص ٢٢٣ وحلمش رقم ١٠١

مكرر ٣ - بلانويك وديبيز وجابونيه ٧ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠.

ولذلك كانت ورقة أخف فيها ذكر الواقعة المراد إثباتها حيث كان يجب ذكرها وهو ما سميت بالبيان السلبى فيها تقدم . فأتى عمل مادى ، إيجابى أو سلبى ، ولمى قول لا يتبى إلى بيانات مدفونة - أو مفضلة حيث كان يجب تدوينها - فى ورقة مكتوبة ، لا يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . ومن ثم لا تكفى الأقوال الشفوية إذا كان لا يمكن إثباتها بالكتابة ، وإن كان يمكن إثباتها بالبيئة أو بالقرائن (١) .

ولذا كان المراد هو إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها عن طريق مبدأ ثبوت بالكتابة معزواً بالبيئة أو بالقرائن ، فلا يصح أن تكون الورقة ذاتها التى يراد إثبات ما يخالفها أو يجاوزها هى مبدأ الثبوت بالكتابة ، بل يجب أن يكون مبدأ الثبوت بالكتابة ورقة أخرى صادرة فى تاريخ نال هذه الورقة التى يراد إثبات ما يخالفها أو يجاوزها (٢) .

(١) المرجع المؤلف لفترة ١٨٨٢ - وقد قلنى بأن الإسهام المرفوع بها على سنة ما يجب أن تحمل اسم الملتزم ، ولا تبنى منه علامة يسهما الملتزم ، كما لا يصح اعتبار هذه العلامة مبدأ ثبوت بالكتابة إلا لا تامة لما قلنا ، ويسرى هذا الحكم أيضاً على الختم المطبوس الذى لا يقرأ (ديماط ٢٤ بتاريخ سنة ١٩٣٤ المضافة ١٥ رقم ٢٩ ص ٦٢ - حكمة لتفنى الفرنسية ١٥ مايو سنة ١٩٣٤ دالوز ١٩٣٤ - ١ - ١١٢ - بلانول وديبير وجابورك ٧ فترة ١٥٣٢ ص ٩٨٨) ومع ذلك فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمفروض انتهى : «وقد تكون هذه الكتابة سنداً أو مذكرة شخصية أو مجرد علامة ترمز للاسم أو توقيعاً أو غير ذلك» (بمستطاع أعمال التصديرة ٢ ص ١٠٧) - والورقة التى تشير إلى ورقة أخرى هى التى تحمل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال تعبر عن والورقة الأخرى معاً مبدأ ثبوت بالكتابة ، ما دامت الورقة الأخرى موجودة ، كما سبق القول . أما إذا لم يوجد أثر هذه الورقة الأخرى ، فالورقة الأولى وحدها لا تكفى لتكون مبدأ ثبوت بالكتابة (حكم حكمة باريس الاستئنافية ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت دي تريبون ٢٩ أبريل سنة ١٩٣١ ويشير إليه بلانول وديبير وجابورك ٧ فترة ١٥٣٢ ص ٩٨٨ - ص ٩٨٩) .

ومع ذلك فقد قسمت حكمة خطأ بأن يقاء أصل هذه البيع المرفوع عليه من المستأمن تحت يد البائع قرينة يصح التسليم بها لثبوت البائع بالبيئة أن العقد صورى ولزم تركه على المشترى ورقة منه (٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ المضافة ٣ رقم ١١٧ ص ١٦٧) . وكان من الممكن أن يقال إن يقاء أصل هذه البيع تحت يد البائع قرينة على أن العقد لا يزال مشروطاً ولم يتم لأجل أنه عقد صورى ، لولا أن هذا يعتبر إثباتاً بالقرائن لما يخالف هذه بيع مكتوب .

ويعبر وضع توقيع على ظهره عليه . مبدأ ثبوت بالكتابة (هـ باج ٣ فترة ٨٩٢ ص ٨٣٢ وعائش رقم ٨ - الأستاذ سليمان مرسى فى أصول الإثبات فترة ٢٢٣) .

(٢) بارتان على أن لويوى ورد ١٢ فترة ٧٦٤ ص ٣٤٨ - ديرافون ١٣ فترة ٢٣١ - بلانول وديبير وجابورك ٧ فترة ١٥٣٢ ص ٩٨٩ ومن ٩٨٨ - تفنى فرنسا ١٣ يونيو =

٢١٦ - رقابة محكمة النقض : وكون هذا الركن الأول - وجود ورقة مكتوبة - قد توافر في مبدأ الثبوت بالكتابة أو لم يتوافر مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض <sup>(١)</sup> .

## ٢ ٥ - صادرة من الخصم أو ممن يمثله

٢١٧ - الورقة صادرة من الخصم : حتى تصلح الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة ، يجب أن تكون صادرة من الخصم الذي يحتج عليه بها ، مدعيها كان في الدعوى التي رفعها أو مدعى عليه في الدفع الذي تقدم به <sup>(٢)</sup> . وصدور الورقة من الخصم إما أن يكون صدوراً مادياً (matériel) أو صدوراً معنوياً (intellectuel) .

فالصدور المادي يتحقق بأن تكون الورقة بتوقيع الخصم أو بخطه - وأى الشئين يكنى : التوقيع أو الخط . والورقة التي وقعها الخصم تكون في الغالب دليلاً كتابياً كاملاً إذا أُدعت أصلاً لإثبات المدعى به . ولكنها قد لا تكون أدعت لذلك ، وانحصرت على بيانات تحمل المدعى به قريب الاحتمال ، وعندئذ يمكن لاعتبارها صادرة من الخصم أن تكون بتوقيعه دون أن تكون بخطه <sup>(٣)</sup> . ولكن يجب أن يكون التوقيع هو التوقيع الصحيح للخصم ، فلا يمكن أن يكون مجرد تأشير

= سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ - ١ - ٢٨ - ١٠ مارس ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ٥٠١ .  
ولكن الورقة التي أسس توقيعها على بيانات تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات صحة هذا التوقيع (بارتان على أوبري ردو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٤٨ حاشي رقم ٣ مكر ٣) .  
(١) أوبري ردو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٤ وحاشي رقم ٨ والمراسع والأحكام المفاد إليها في هذا الحاشي .

(٢) استئناف غخط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩٦ - ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٨٩ - ٢٦ يناير سنة ١٩٠٢ م ٤٩ ص ٧٩ .

(٣) وقد نفست محكمة الاستئناف المنطقة بأنه إذا وقع شخص بأبضاه التزاماً حقه التبرع لحسابه ، دون أن يبين ما إذا كان قد أراد بأبضاه الالتزام أن يقره أو أن يكون مجرد شاهد في الورقة ، فإن هذا الشك لا يكون دليلاً كاملاً على التزامه ، ولا يصلح إلا مبدأ ثبوت بالكتابة برغم من تقديم بيعة لإثبات أنه إنما وقع بأبضاه كطرف في الالتزام لا كجهد شاهد (استئناف غخط ١٤ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٤٧) .

(paraphe) أو علامة (marque) أو توقيع هامشي (signature marginale)<sup>(١)</sup>. وقد تكون الورقة غير موقع عليها من الخصم ، ولكنها مكتوبة بخطه . وهذا يكفي لاعتبار الورقة صادرة منه ، ولا حاجة إلى التوقيع<sup>(٢)</sup> . وسواء كانت الورقة موقعة من الخصم أو مكتوبة بخطه ، فالواجب في الحالتين أن يكون الخصم غير منكر لتوقيعه أو خطه . أما إذا أنكر ، فلا بد من الالتجاء إلى إجراءات تحقيق الخطوط على النحو الذي يبيّنه فيما تقدم ، فإن ظهر من التحقيق أن التوقيع أو الخط هو له اعتبرت الورقة صادرة منه ، وهذا ما لم يظن فيها بالتزوير وينجح في هذا الظن<sup>(٣)</sup> .

والصدور المعنوي يتحقق بأن الخصم - وهو لم يوقع الورقة ولم يكتبها بخطه - يعتبرها كما لو كانت صادرة منه . فقد يكون الخصم أمياً فتكتب الورقة بأملأه<sup>(٤)</sup> ،

(١) ويتساءل أوبري وروسما إذا كان يكفي للتوقيع الذي بدأه الخصم فأدركه الموت قبل أن يمه ، ويجب أن يحكى باريس الاستئنافية (٢٧ مارس سنة ١٨٤١ سيرة ٤٢-٢-١٠٠) أنه قد قضت بأنه يكفي (أوبري وروسما ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش رقم ١٥) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأعلى بأن الورقة الصادرة من الخصم المطلوب الإلزام ضده يجوز قبولها كدليل ثبوت بالكتابة ولو لم تكن مصادرة منه (٣ مارس سنة ١٩١٣ الجمعية الرسمية ١٤ رقم ٩٠) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن مبدأ إثبات بالكتابة لا يشترط فيه أن تكون الورقة مكتوبة وموقفاً عليها من الخصم ، لأنها في هذه الحالة تكون دليلاً تاماً ، وإنما يكفي أن تكون الورقة مكتوبة بخط الخصم وإن كان موقفاً عليها من غيره ، كما يجوز أن يكون كتبها غيره وهو وقع عليها (١٠ أبريل سنة ١٩٢٤ الجمعية الرسمية ٢٦ رقم ٩٨) . بل أن الإقرار يمكن اعتباره مبدأ لثبوت بالكتابة باعتباره صادراً من الخصم ، وقد قضت محكمة النقض بأنه يمكن أن يعتبر مبدأ لثبوت بالكتابة الإقرار المركب إذا أدلت بمزجه والأعد بهضه دون البعض الآخر ، لأن عدم مزجه الإقرار عنه ألا يكون في المعنى دليل آخر غيره . أما إذا وجدت بينة ، فليسكن بمزجه الإقرار ، حل أن يعتبر مبدأ لثبوت بالكتابة فكسله البينة (نفس مدني ٢١ يولييه سنة ١٩١٣ المحاماة ٢٦ رقم ٧٦ ص ٢١٠ ، وحكم آخر في نفس التاريخ المحاماة ٢٦ رقم ٨٣ ص ٢٢٠) . وقضت محكمة معترف بأن إقرار البائع المدون في مذكرات مقدمة من في دعوى سابقة بشأن البيع الصادر من المشتري يعتبر مبدأ لثبوت بالكتابة (١٨ فبراير سنة ١٩١٥ الجمعية الرسمية ١٦ رقم ١/٧٩)

أما المذهب المطروح غير المصم ، فلا يمكن باعتباره مبدأ لثبوت بالكتابة لأنه يصدر المحقق من مصدره (بلائيول وديبير وجايرله ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٢ - ٩٩٣) .

(٣) بلائيول وديبير وجايرله ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٣ .

(٤) نفس قرني ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ دالوز ١٩٣٥ - ١ - ٦١ .

وتعتبر في هذه الحالة صادرة منه دون أن يكون قد وقعها أو كتبها بخطه (١) .  
وقد تكون الورقة لم تكتب بأمره ، ولكنه تمسك بها مقرأ بما ورد فيها ،  
كمخالصة صادرة من الخضم الآخر تمسك بها ، فتعتبر كأنها صادرة منه دون  
أن تكون بتوقيعه أو بخطه (٢) . ويلاحظ أن ارضاء الخضم للورقة التي لا تحمل  
توقيعه أو خطه ، واعتبارها صادرة منه ، واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق  
ومنها البينة والقرائن (٣) . والورقة الرسمية غير الموقع عليها من الخضم قد تعتبر  
صادرة منه صدوراً منوياً ، وصفة الموظف العام الذي كتب هذه الورقة قد  
تكفي وحدها في ذلك . فالإقرارات والبيانات التي ترد في أسباب الحكم (٤) ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن محاضر المحجوز الإمارية التي توقع بناء على طلب المجرر  
على زراعة المساحات تعتبر قانوناً أنها صادرة من المجرر ، وهي بذلك تصلح للإسناد بها عليه  
كبدأ لبوت بالكتابة في شأن بيع الأقياد المحجوزة بالتقود وبأثر القواعد بها ، فلذا استعملها  
محكمة الموضع ما ذكره في حكمها من القرائن ، واستعملت منها وجوب خصم قيمة الحاصلات  
حسبما جاء بمحاضر المحجز ، فهذا الاستخلاص ما يدخل في حاصل فهم الواقع في الدعوى ،  
ولا رقابة فيه محكمة النقض على محكمة الموضع ( نقض مدني ١٩ مارس سنة ١٩٣٩ مجموعة  
عمر ١ رقم ٣٣٩ ص ١٠٧٩ ) . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن ما يكتبه المستخدم في  
البطك بأمره مدير البطك ، وما يكتبه الكاتب بأمره مولى الطود ، يعتبر صادراً من مدير البطك  
ومن المولى ( نقض فرنسي ١١ يونيو سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٢ - ٢٦١ - ٢٦١ - أبريل ورو ١٢  
نقرة ٧٦٤ هامش رقم ٢٣ ) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قدم شخص ضمن مستنداته سنداً صادراً له من  
آخر يقرر فيه أنه كانت بيده ورقة ضد صادرة له من هذا الشخص خاصة ببيع قدر من الأرض  
وأنه وقد أصبح هذا البيع نهائياً فإن ورقة النقد التي ضاعت منه تعتبر لائمه ولا يعمل بها إذا  
ظهرت ، فأجازت المحكمة لهذا الآخر أن يثبت ما احتوته هذه الورقة بقرائن الأحوال ، فإنها  
لا تكون مخالفت للقانون ، إذ أن تمسك ذلك الشخص بالمستند الذي قدمه يفيد تسليمه سبق  
وجود ورقة النقد وبضاعتها وبأن موضوعها خاص بالبيع الذي هو محل الدعوى ( نقض مدني ٥  
يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٧ ص ١٦٢ ) . وقضت أيضاً بأن إذا كان  
الطامن قد قدم إلى المحكمة ضمن مستنداته خطاباً مرسلاً له من المظنون عليه ، فإنها لا تكون قد  
أخطأت إذا استخلصت من هذا الخطاب دليلاً قبل الطامن ( مبدأ لبوت بالكتابة ) ، ذلك أن  
تقديم الطامن مستنداً له في الدعوى يفيد تمسكه بما ورد فيه ، فيصح الاحتجاج عليه بمضمونه  
( نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٣٤ ص ٩٠٤ ) .

(٣) بلانول وروبير وجابولك ٧ قرة ١٥٣٣ ص ٩٩٣ .

(٤) نقض فرنسي ١٧ يوليو سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ٤٧٥ .

وتلك التي ترد في عصر الاستجواب<sup>(١)</sup> ، أو في عصر المعاينة ، كل هذه تعتبر صادرة من الخصم صلباً معنوياً ، فهي لا تحمل توقيع الخصم أو عطله ، ولكنها مدونة في أوراق رسمية منسوبة إلى الخصم ، بواسطة موظفين ملحقين فوق مستوى الشبهات<sup>(٢)</sup> . وهذا بخلاف الورقة الرسمية الموثقة ، فإنها إذا لم تكن موقعة من الخصم ، ولم يكن عدم التوقيع راجعاً إلى الجهل بالكتابة أو عدم

(١) نقض فرنسي ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٢٩-١-٢٤٧ .  
(٢) بل إن البيانات التي يذكرها عامل مصلحة الجارية في حوالة بريدية تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة (نقض فرنسي أول مارس سنة ١٩٢٦ سيرة ١٩٢٦-١-١٠٥ - بلايول وديير وجابول ٧ لقطة ١٥٣٣ ص ٩٩٩) . وقضت محكمة النقض بأن تحمل الصادر له الورقة المخطون فيها بالتزوير هذه الورقة وثبوت تزويره لتاريخها ، أي أن أصل تاريخها الصحيح هو ما يفرضه معنى التزوير ، ذلك يعتبر حتماً مبدأ ثبوت بالكتابة (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة حر ١ رقم ٢٦٠ ص ٧٥١) - انظر أيضاً : استئناف مصر ١٠ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ١٧٤ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٨٥ - ٧ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة ١٢ ص ٩١ - استئناف أسوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة ١٠ ص ١٥٩ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « على أن لفظة والقضاء في فرنسا وبلجيكا ومصر استقرا على أن إقرارات الخصوم التي يدلون بها وتكون تحت إقرارات موظف شخص أو قاضي يأمر بإلزامها يكون حكم المحررات الصادرة منهم ولو لم تكن مدونة بخطهم أو موقعا عليها منهم . ويصين بداية في هذه الحالة أن يكون الموظف العام شخصاً يلقى مثل هذه الإقرارات ، وأن يكون للقاضي ولاية الأمر بإلزامها . وفي من البيان أن ما يصدر من الخصوم من إقرارات على هذا الوجه يكون بمنزلة مبدأ ثبوت بالكتابة ، إلا كان من شأنه أن يحمل الالتزام المدهي به قريب الاحتمال . وقد حطت أحكام القضاء بكثير من التطبيقات في هذا الصدد . فمن ذلك مثلا الإقرارات التي يدلي بها في محضر جرد أو محضر تركة أو مناقصة أو قصة (استئناف مخطوط ٩ يناير سنة ١٨٧٩ سج ٤ م ص ٩١) ، والبيانات التي تدون في ورقة من أوراق المحضرين (استئناف مخطوط ٥ يناير سنة ١٨٧٩ سج ٤ م ص ٣٨٨) ، والإقرارات التي تصدر في استجواب من وقائع (استئناف مخطوط ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٠ ص ٢ ص ٣٩٤ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٨ ص ٣٠ ص ٢٤٤) ، والإقرارات أو الشهادة التي يدلي بها ذؤو الشأن أمام قاضي التحقيق أو القاضي المدعي أو الجنائي (استئناف مخطوط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ ب ٢٠ ص ١٦٧) ، وما يثبت من أقوال أو إقرارات في حكم من الأحكام (استئناف مخطوط ٢٦ أبريل سنة ١٨٧٧ سج ٤ م ص ٣٠٩) . وقد أضافت المادة ٤٤٥ لقطة ٣ من التفتين المراكشي إلى هذه التطبيقات في بعض ليراد الأحكام الخاصة بمبدأ الثبوت بالكتابة ، فنصت على أن الإقرارات التي يتلقاها أحد الموظفين المسمين المخصين لرو القضاء في حدود ولاية تعتبر صادرة من الخصم (مجموعة الأعمال الصحفية ٣ ص ٤٠٨) .

استطاعتها أو رفض التوقيع ، فلا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ، لأنها تعتبر في هذه الحالة مجرد مشروع لم يتم ، وقد سبقنا الإشارة إلى ذلك<sup>(١)</sup> .

٢١٨ - الورقة صادرة ممن يمثل الخصم : ويصح أن تكون الورقة صادرة ، لامن الخصم نفسه ، بل ممن يمثل الخصم وقت تحرير الورقة . والأدق أن يقال : ممن يمثل الخصم أو ممن يمثل الخصم<sup>(٢)</sup> .

فمثل من يمثل الخصم المورث . فالورقة الصادرة من المورث تعتبر كأنها صادرة من الوارث ، وتصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة محتج بها على الوارث كما

(١) بلانيرول وريير وجابوله ٧ فقرة ١٥٢٣ ص ٩٩٤ — أما صور الأوراق الرسمية وصور الأوراق العرفية ، فقد بينا فيما تقدم متى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة . انظر أيضاً في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٤٠٩ — ص ٤١١ .

(٢) محكمة باريس الاستئنافية ٢٦ يناير سنة ١٩٥٢ جازيت دي باليه ١٢ — ١٤ مارس سنة ١٩٥٢ — وهذا ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، ولذلك لم ينص عليه صراحة التقنين المدني الجديد . أما التقنين المدني الفرنسي ( ١٣٤٧ ) فقد ذكر : « كل ورقة مكتوبة صادرة من الخصم الموجه إليه الطلب أو من شخص يملك هذا الخصم »

“tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente”

وقد أخذ على هذا النص : (١) أنه يقتصر ، في عبارته الأولى ، على المدمي (الخصم الموجه إليه الطلب) ، والقواب إطلاق العبارة حتى تشمل المدمي عليه في القلع أذ يصبح منه ذلك مدمياً ، وكان الأولى أن يقال : « الخصم الذي يحجج عليه به » ، ليشمل المدمي في الدعوى والمدمي عليه في القلع . (ب) أنه يقتصر ، في عبارته الثانية ، على ذكر من يكون الخصم فعلاً له (celui qu'il représente) كاللورث ، ولم يذكر من يكون مثلاً للخصم كالوكيل (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٩٤ هامش ٧ وحاشي ٨) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني المصري في هذا الصدد ما يأتي : « والشرط الثاني هو صدور المحرر من الخصم الذي يحجج عليه به ، لا من أحد الأطراف . بيد أن المحرر يعتبر صادراً من مثل هذا الخصم ولو كان صادراً من غيره ، متى كان هذا الغير مستغلاً تسري التزاماته على من يخلطونه بخلافة عامة (كاللورث) وفقاً للقواعد العامة ، أو نائباً قانونياً أو اتفاقياً يعمل في حدود نيابته لأن كتابة الموكل تكون حجة على الوكيل وبالعكس . ولذلك استعملت نفس عبارة « الخصم أو نائبه » وفقاً لما جرى عليه القضاء المصري (استئناف مخطوط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ ب ٢٠ ص ١٦٧) (مجموعة الأعمال القضائية ٣ ص ٤٠٧) — ويلاحظ أن المشروع التمهيدى لم يرد فيه إلا لفظ « الخصم » دون « نائبه » ، وإذ وردت عبارة « الخصم أو نائبه » في المشروع الأولى للإجبات التي سبقت الإشارة إليه .

كان يحتج بها على المورث . ومثل من يمثل الخصم أيضاً المدين إذا استعمل الدائن حقوقه . فالورقة الصادرة من المدين تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة يحتج بها على الدائن<sup>(١)</sup> .

ومثل من يمثل الخصم وكيله . فالورقة التي تصدر من الوكيل في حدود وكالته تعتبر كأنها صادرة من الموكل ، ويحتج بها عليه كيداً ثبوت بالكتابة<sup>(٢)</sup> . على أنه يجب إثبات عقد الوكالة وفقاً للقواعد العامة .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٥٥ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفعت دعوى بموجب سند أقر فيه المدي عليه بقبضه مبلغاً على سبيل الأمانة ، ورفع المدي عليه الدعوى بصورة هذا السند قائلاً أن قيمته هي مجموع مبالغ دفعها له المديعية عن استحقاقه في وقت هي ناظرة عليه ، وأن زوج المديعية ووكيلها طلب إليه أن يحدد ذلك السند لمصلحة زوجته في دعوى مرفوعة عليها من بعض أخواتها ، وأنه في نظير هذا يرد له لإيصالات المبالغ المذكورة ، واستند المدي عليه في دفعه هذا إلى تلك الإيصالات المعترف بها من المديعية والمؤشر عليها من زوجها وكيلها بما يفيد سبق وجودها لها واستردادها منها ، وأظهرت المحكمة هذه الإيصالات مبدأ ثبوت بالكتابة يميز تكلفة الدليل على الصورية بالهينة والقرائن فيما بين العاقدين ، فهذا صحيح لا مخالفة فيه للقانون ، لأن هذه الإيصالات وإن كانت صادرة من المدي عليه ، إلا أنها معترف بها من المديعية ومؤشر عليها من وكيلها بما جعل ثبوت المدي به قريب الاحتمال في نظر المحكمة (نفس مدني ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ بحسوة محرر رقم ٢٤١ ص ٦٩٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الخالصة الصادرة من صراف مالك الأرض والمذكورة بمصلحة الأرض الصادرة من مهندس المالك ، هذان يعتبران مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات بيع الأرض (استئناف غخطط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٢١ ص ٢٨) وقضت كذلك بأن ناظر الزراعة لا يعتبر وكيلاً عن المالك ، فالورقة الصادرة منه لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضد المالك (استئناف غخطط ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٢٩ ص ١٠٤١) انظر أيضاً : استئناف غخطط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٧ - ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن حلافة التهمة القائمة بين رب العمل والمستخدم تجعل الورقة الصادرة من الثاني مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى الأول (نفس فرنسي ١٣ يوليو سنة ١٩٣٦ دالوزر الأسبوعي ١٩٣٦ - ٣٩٣) . والورقة الصادرة من القسوس تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضد رب العمل إذا أقر هذا أعمال القضاة صراحة أو دلالة (بلانيزول وروبير وجايلود ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩١ - ص ٩٩٢) - وأخطب السادر من المجلس العالي لصاحب الأرض إلى مهندس الجار ، في شأن تعدي الجار على هذه الأرض ، بهد مبدأ ثبوت بالكتابة ضد صاحب الأرض (نفس فرنسي ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٤ سيري ١٩٠٧ - ٢١) كذلك دفاتر المحضر أو موقوف المقود تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضد موكلها (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٥٦) .



والخاص يعتبر وكلاء عن الخصم الذى يرفع عنه . فالإقرارات والبيانات التى يكتبها فى مذكراته منسوبة إلى موكله تعتبر صادرة من الموكل ، وتصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة بصحح بها عليه . وهذا هو أيضاً شأن ما يبدل به فى مراقبته منسوباً إلى موكله ، ويدون فى محضر الجلسة ، أو فى محضر التحقيق .

كذلك المحضر يعد وكلاء . فكل إصلاح يقوم به المحضر على لسان الخصم يعتبر كأنه صادر من الخصم ، كصحيفة الدعوى والمعارضة فى التفتيش وغير ذلك من أوراق المحضرين <sup>(١)</sup> .

وبمثل الوثائق والوصى والقيم القاصرة والمجبور عليه ، فى حدود ولاية كل منهم . فالورقة الصادرة من أحد من هؤلاء ، فى هذه الحدود ، تعتبر كأنها صادرة من القاصر أو المجبور عليه .

٢١٩ - ما لا يعتبر صادراً عن الخصم ولا يصح بحكمه : وبين مما تقدم أن الورقة ما لم تكن صادرة من الخصم ، أو ممن يملكه الخصم أو ممن يملك الخصم ، لا تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، ولا يصح بها على الخصم . فالورقة الصادرة من الخصم الآخر لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بصحح بها على الخصم الأول <sup>(٢)</sup> ، لسبب المقدم ، ولأن الشخص لا يستطيع أن يصطنع

— وقفت أخيراً محكمة النقض فى مصر بأنه يجب ، لسبب اعتبار المرد الصادر عن بطون من الخصم المطلوب الإثبات عليه ، كوكيل لأول أو وصى ، مبدأ ثبوت بالكتابة ، أن يكون له صدر منه فى حدود نيابته ، ولذا كان الحكم له القصر فى اختياره الإقرار المألف الذكر مبدأ ثبوت بالكتابة مع كونه صادراً من جهة القصر والوكيل عن الوصية ، دون أن يبين ما إذا كان هذا الإقرار قد صدر فى حدود وكالة المجد عن القرصة من ناحية — وفى حدود سلطة كوصية على القصر من ناحية أخرى ، فإنه يكون للقصر البيان تصرفاً بصحح لفظ (نقض مدعى أول ديسمبر سنة ١٩٨٩ بموجبه أحكام النقض ١ دلم ١٧ ص ٦٢) .

(١) بلائبول وديجر وجايرله ٧ لقراء ١٥٣٢ ص ٩٩١ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه له استثناء فى قضاءه برفض الدعوى المرفوعة من اللطائف ضد مجلس على المجيزة بالمطالبة بمبلغ تمويلاً عما خلفه من حسارة بسبب احتياج المجلس من تغطية ما يلزم به له مقابل استلامه على جزء من ملكه وذلك للارتفاع به فى عمل شريعته أو مقابل ما ضاع عليه من المكسب بسبب تصرف المجلس منه — إذا كان استثناءه فى قضاءه بذلك إلى أن اللطائف كان ، بعد أن قرر المجلس — تغطياً لما أرفقته القروا — أن يكون التنازل بلا شرط ، قد سكت زمناً ولم يطلب أى تمويش ، بل هو بعد ذلك تنازل للمجلس من —

(٨ : التوسيط — ٢٤)

### العلل لفضه (١).

والورقة الصادرة من الزوج لا يحتج بها على زوجته ، ولا يحتج بالورقة الصادرة من الزوجة على زوجها ، هذا ما لم يكن أحدهما وكيل الآخر وفي حدود هذه الوكالة (٢) .

كذلك لا يحتج بالورقة الصادرة من الابن على أبيه ، ولا من الأب على ابنه (٣) . ولا يحتج بالورقة الصادرة من أحد الشركاء في الشيوع على باقي الشركاء ، ولا من أحد التامين في جريمة على شركائه أو القاطنين الأصليين الآخرين ، ولا من أحد الخصوم في الدعوى على المتضمين معه في الخصومة ، ولا من مصنع الشركة على أحد الشركاء (٤) .

كذلك لا يحتج على الخصم بما يصدر عن الغير من إقرارات وبيانات عند استجوابه . ومن ثم لا يجوز استجواب ولا الأمر باستحضار غير الخصم (٥) .

— أرض خارج أمر بدون تعريض رغبة منه في تصليح أرض الوقت ، ثم إنه ليس ثمن التخليق الذي رافقت الزيادة على دفعه له بكتابها الذي قالت له إن التنازل عن أرض الفارين لا يكون مطلقاً على شرط ، فإن كل هذا الذي استند إليه الحكم لا يفرج عن كونه قرآن أسرار لا يصلح قانوناً لإثبات التنازل المذكور عن أرض الفارين التي تزيد نسبتها على عشرة جهات ( نفس مدني ٨ يولي سنة ١٩٤١ مجوعة ص ٤ رقم ١٤٦ ص ٢٩٨ ) . ولم تجبر محكمة النقض الكتابة السادسة من مجلس على البينة بتنازل المص من أرض الفارين مبدأ ثبوت بالكتابة ضد المص ، لأنها كتابة صادرة من الخصم الآخر .

(١) استئناف غنط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٢٣ ص ١١ .

(٢) أوبري دور ١٧ لقرة ٧٦٤ مدني ٣٤ ر ص ٣٥٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت أن المشتري لم توقع الورقة المخصصة لإرادته أن حقه قرأها صوري ، بل كان الذي وقعها هو والدتها فلم يكن نالياً عنها ، فإنه لا يصح أن تصد المحكمة من تلك الورقة دليلاً كاملاً على صورية ذلك العقد في حالة ما يكون لإثبات الصورية غير جائز إلا بالدليل الكتابي (نفس مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجوعة ص ٥ رقم ١٧٩ ص ٢٨٧) . ولم تصرح المحكمة بعدم جواز افتاد الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة ، بل انصرفت على ذكر أنه لا يصح الافتاد دليلاً كاملاً .

(٤) نفس قرني ٢٧ مارس سنة ١٩٣٥ سيرة ١٩٣٥ — ١ — ٣٠٧ .

(٥) أوبري دور ١٢ لقرة ٧٦٤ ص ٣٥٠ — بلاتويل وريير وجابوله ٧ لقرة ٢٥٣٣ ص ٩٩٠ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا صدر حكم ابتدائي بناء على طلب أحد المتاعين بصورية حقه أثبت منه ، ثم قضت محكمة الاستئناف بإلغائه وحكم ببول دعوى المص ، فهذا الحكم لا يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة في دعوى صورية العقد التي يرفعها المصين فيما بعد على من استند له المصروف ( نفس مدني ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجوعة ص ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٥٠) .

٣٢٠ - رقابة فكر النقض : وتكون الورقة صادرة من الخصم ، أو عن له صفة في تمثيل الخصم له أو في تمثيله للخصم ، هو الركن الجوهرى في مبدأ الثبوت بالكتابة ، إذ هو الذى يصل الورقة بالخصم ويجعلها حجة عليه . وهذه مسألة من مسائل القانون ، ومن ثم كان البت فيها خاضعاً لرقابة محكمة النقض ، طمها في ذلك مثل الركن الأول<sup>(١)</sup> .

### ٣ ٩ - تجمل المدعى به قريب الاحتمال

٣٢١ - معنى قرب الاحتمال : لا يمكن أن تكون الورقة المقدمة كيداً ثبوت بالكتابة من شأنها أن تجعل الواقعة المراد إثباتها محتملة ، بل يجب أن تجعل هذه الواقعة مرجحة الحصول ، لا ممكنة الحصول لحسب<sup>(٢)</sup> .

فإذا توافر ركن قرب الاحتمال على هذا النحو ، فلان مبدأ الثبوت بالكتابة ، هو وحده أيضاً ، لا يمكن دليلاً كاملاً على صحة الواقعة المراد إثباتها ، كما تقدم القول . بل يجب تكلفه بالينة ، أو بالقرائن ، أو بهما معاً .

وليس القاضى مجبراً ، عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، أن يجعل الدعوى إلى التحقيق لتكملة الدليل . فقد يرى في ظروف القضية وملابساتها وفيها يحوطها من القرائن القضائية ما يقتضيه بصحة الواقعة المدعى بها ، وتكون القرائن في هذه الحالة هي التى أكلت مبدأ الثبوت بالكتابة . وقد يقوم من ظروف القضية وملابساتها ما يقتضيه بمكس ذلك ، فلا يحتاج أيضاً في هذه الحالة إلى أن يجعل الدعوى إلى التحقيق ، ويؤول ما كان لمبدأ الثبوت بالكتابة من التكميل .

(١) لوبري ورد ١٢ قرة ٧٦٤ من ٢٦٤ وحاشى رقم ٥٨ - بوردى وهارد ٤ قرة ٢٦١١ - بلانرول وديير وجاهولة ٧ قرة ١٥٢٤ من ٩٩١ - ص ٩٩٥ .  
(٢) قانون دى باج ٣ قرة ٨٩٥ - ويؤمن من ذلك أن الورقة الموجهة لوجود اتفاق لا تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على تنحية هذا الاتفاق . ومن ثم لا تصلح الورقة الموجهة لتبين مبدأ ثبوت بالكتابة لحصله الماتن لإثبات قطع نظام من طريق قطع الإحصاء المسجلة والقرائن (لوبري ورد ١٢ قرة ٧٦٤ وحاشى رقم ١٧) .

وقد يرى القاضي أن يحمل الدعوى إلى التحقيق لاستكمال مبدأ الثبوت بالكتابة بالينة أو بالقرائن . وهنا أيضاً يستقضى القاضي سلطته الكاملة في التقدير . فوسع الشهود ، وقد يقتنع فصيح عنده الواقعة المدعى بها ، وقد لا يقتنع لمعبر أن هذه الواقعة لم يتم عليها الدليل <sup>(١)</sup> .

## ٢٢٢ - قرب الاحتمال مسألة موضوعية لا تخضع لرؤية المحكم

**التفصيل :** وتقدر ما إذا كان مبدأ الثبوت بالكتابة يجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال مسألة واقع . ومحنة الموضوع في تقديرها طلبة المسألة لا تخضع لرؤية محكة التقاضي ، فلا يجوز الطعن في تقديرها أمام هذه المحكة . وهذا هو الذي انطد عليه الإجماع ، فقها وقضاء ، في مصر وفي فرنسا <sup>(٢)</sup> .

(١) بلايول وريجر وجابورك ٧ فقرة ١٥٣٤ ص ٩٩٥ - عل أن القاضي لا يكون ضابطاً إذا لم يحمل الدعوى إلى التحقيق لاستكمال الدليل بالينة ما دام الخصم لم يطلب منه ذلك . وقد نستحكمة القاضي بأن حكم محكمة الموضوع يكون على صواب إذا أجبر أن الإحصائيات ليست دليلاً كاملاً على مصداقه وأنها لا تنمى أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، وإذا قضى برفض دعوى الطاعن بناء على أنه لم يطلب إحالة الدعوى على التحقيق استكمالاً للإثبات ( نفس مدق ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ الحامد ٢٨ رقم ٢٠ ص ٢٩ ) .

(٢) توليه ٩ فقرة ١٢٢ - مهران ١٢ فقرة ٣٤٤ - توليه ١ فقرة ١٧٠ - لاروسبيير ١٣٤٧ فقرة ٢٧ - أبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٤ - ص ٣٦٥ - بومري وبلد ٤ ص ٢٩٢ - بلايول وريجر وجابورك ٧ فقرة ١٥٣٤ ص ٩٩٤ - ص ٩٩٥ - نفس فرنس ٢٠ توليه سنة ١٩٠٠ فالقوز ١٩٠٠ - ١ - ٤٥١ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٠١ مديرة ١٩٠٤ - ١ - ٢٢٩ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ فالقوز ١٩٠٤ - ١ - ٩٤ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ مديرة ١٩٠٦ - ١ - ٣١٧ - ص طلس ٣ الإثبات (Prouva) فقرة ٦٧ - الاستدلال منه لسلام نفس ١ ص ٤٦٧ - نفس ٤٦٨ - الاستدلال منه لسلام نفس ١ فقرة ٤٥٤ - المخرج للثبوت ص ٧١١ وص ٧١٣ ماضي رقم ١ - الاستدلال منه لسلام نفس رحمه سلمه نفس في النقض في المواد المدنية والمختارة ص ٢١٣ - ص ٢١٥ - وقد جادل فيه ما يأتي : وإذا قلنا إن قاضي الدعوى حر في تقدير قورقة التي يبراه احكامها مبدأ ثبوت بالكتابة من ناحية كونها تجعل الأمر المطلوب إثباته قريب الاحتمال والتقصي ، فإننا نوجب عليه أن يورد في أسباب حكمه الواقعة المراد إثباتها ونس جزء القورقة التي يبراه الاستدلال عليه في القول بأنها صارت قريبة الاحتمال والتقصي ، ثم يبين كيف أخلت هذا المنع أو لم تخلص ، فإن أكل في ذلك بما يكون مقبولاً مقبولاً حصل التأكيد على المسألة ، وإلا صار ما ادعى إطلاله من قورقة كأنه متروك من غير دليل قائم .

فن الأركان الثلاثة لبدأ الثبوت بالكتابة ، يكون الركنان الأولان - وجود ورقة وكونها صادرة من الخصم - من مسائل القانون ، فهما يخضعان لرقابة محكمة النقض . والركن الثالث - قرب الاحتمال - من مسائل الواقع ، لقاضي الموضوع فيها سلطان لا مقب عليه من المحكمة العليا .

٢٢٣ - ضوابط تملّح في تقرير قرب الاحتمال : ومن يستقرى الفقه والقضاء يستطيع أن يستخلص ضوابط يستأنس بها في تقدير ما إذا كان مبدأ الثبوت بالكتابة من شأنه أن يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال . وهي ضوابط يستأنس بها لقاضي الموضوع ، ولكنه غير مقيد بها قانوناً . وسواء اتبناها أو لم يتبناها ، فنظيره كما قلنا غير خاضع لرقابة محكمة النقض <sup>(١)</sup> .

فذلك أن الورقة التي تقدم على اعتبار أنها مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن أن ترد إلى أحد أنواع ثلاثة :

١ - ورقة كان من الممكن أن تكون دليلاً كتابياً كاملاً على الواقعة المراد إثباتها .

٢ - ورقة لم يكن ممكناً أن تكون دليلاً كتابياً كاملاً على الواقعة المراد إثباتها ، ولكنها تشير إلى هذه الواقعة .

٣ - ورقة لم يكن ممكناً أن تكون دليلاً كتابياً كاملاً على الواقعة المراد إثباتها ، ثم هي لا تشير إلى هذه الواقعة .

---

= لقضى مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة حر ١ ص ٢٨١ - ١٢ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة حر ٢ رقم ٩٩ ص ٣١٧ - ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة حر ٥ رقم ٢٠٦ ص ٤٤٥ - ١٨ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة حر ٥ رقم ٢٨٨ ص ٥٦٦ - ٩ يونيو سنة ١٩٤٩ مجموعة حر ٥ رقم ٤٢٣ ص ٧٩٧ - ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٦ ص ٣٨٥ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧ - استئناف ص ٨ يونيو سنة ١٩٣٧ الجلسة ١٨ رقم ١٢٠ ص ٢٢٨ .

انظر أيضاً المذكرات الإحصائية المنشورة التي هي في مجموعة الأعمال المصغرة ص ٤٠٧ . (١) حتى لو كان لقانون هو الذي نص على جواز اعتبار ورقة معينة مبدأ ثبوت بالكتابة ، فإن هذه الحالة أيضاً يكون لقاضي الموضوع سلطة تقديرية ، لا مقب عليها من محكمة النقض ، في اعتبار الورقة أو في مسلم اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة (أوبري دور ١٢قرة ٧٦٤ ص ٣٦٥) .

## ٢٢٤ - ورقه لابد من التمكن أنه تكون دليله كناية لاصو

على الواقعة المراد إثباتها : وذلك كالأوراق الرسمية والأوراق العرفية وغيرها من الأوراق التي جعل لها القانون قوة معينة في الإثبات كدفاتر التجار والسجلات والأوراق المنزلية والرسائل .

وهذه أوراق في الأصل تكون دليلاً كنايةً كاملاً . فإذا نقصها شرط من الشروط التي يطلبها القانون لم تعد تصلح أن تكون دليلاً كاملاً ، وانقلبت إلى مبدأ ثبوت بالكتابة ، إذ هي تذكر الواقعة المراد إثباتها ذكر الدليل الكامل ، فلا يكون هناك شك في أنها تجعل هذه الواقعة قريبة الاحتمال . وإذا ظن أن تكون دليلاً كنايةً كاملاً لما احتورها من النقص ، فإنها تصلح في القليل أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة .

فالورقة الرسمية إذا شابها عيب في الشكل ، ولم تصلح أن تكون ورقة عرفية ، فإنها تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة . مثل ذلك السند الرسمي الباطل غير الموقع عليه من ذي الشأن ، إذا كان عدم التوقيع واجباً إلى جهل ذي الشأن الكتابة أو عدم استطاعته إيادها أو رفضه للتوقيع ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك<sup>(١)</sup> .

وصور الأوراق الرسمية التي لا تصلح دليلاً كاملاً طبقاً لأحكام القانون ، كالصورة الرسمية الأصلية إذا لم يكن مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل ، وصورة الصورة الأصلية إذا كانت الصورة الأصلية غير موجودة على رأى أشرنا إليه فيما تقدم ، تصلح في الغالب أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على النحو الذي أسلفنا الإشارة إليه .

والورقة العرفية المكتوبة بخط المدين إذا لم تكن موقعة ، وثبت أن عدم التوقيع لا يرجع إلى رفض المدين لتوقيعها مما يجعلها في منزلة مشروع لم يتم ، تكون مبدأ ثبوت بالكتابة .

(١) قانون أبري ورد ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٠ وعلش رقم ٤٥ .

ومور العقود المسجلة تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على الوجه الذى ذكرناه  
فيما تقدم .

ودفاتر التجار ، حين تكون حجة على غير التجار فيما قام التجار بتوريده  
مع توجيه اليمين المتممة ( م ٣٩٧ فقرة أولى) تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، أكل  
هنا ، لا باليمين ولا بالقرائن ، بل باليمين المتممة . وهذا وضع خاص نص عليه  
القانون .

والأوراق والسجلات المنزلية ، إذا كانت مكتوبة بخط صاحبها دون توقيع ،  
وفى غير الحالتين اللتين نص فيهما القانون على أن تكون دليلا كاملا ( م ٣٩٨ :  
إذا ذكر أنه استوفى ديناً ، أو أن الورقة تقوم مقام السند ) ، تكون مبدأ ثبوت  
بالكتابة على النحو الذى قدمناه .

والرسائل إذا كانت غير موقعة ، وكذلك الأصل غير الموقع من البرقيات ،  
تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على التفصيل الذى أسلفنا ذكره (١) .

٢٢٥- ورقه لم يكن مكتباً أنه تكبره ويعو كتابياً فاعو على الورقه  
المرد اثباتها ولكنها تشير الى هذه الوقف : وهذه الإشارة قد تكون إيجابية  
أو سلبية .

والأمثلة كثيرة على الإشارة الإيجابية . منها كتاب يرسله شخص إلى آخر ،  
يتكلم فيه عن بيع أو قرض أو أى عقد آخر ، فيكون هذا الكتاب مبدأ ثبوت  
بالكتابة ضد صاحبه على وقوع هذا العقد . وكتاب يرسله المدين ، يذكر فيه الدين  
الثابت فى ذمته دون أن يذكر مقداره وشروطه ، فيكون مبدأ ثبوت بالكتابة  
على هذا الدين (٢) . وكتاب يكتبه الدائن إلى ورثة مدينه ، يسلم إذا كان فى أوراق  
مورثه شىء يفيد براءة ذمته ، فلما ما استوتق أن شيئاً من ذلك لا يوجد رفع  
الدعوى مطالب بالدين ، فيعتبر هذا الكتاب الذى أرسله الدائن إلى الورثة

(١) انظر فى القانون الفرنسى أوروى ورد ١٢ ، بقرة ٧٦٤ ص ٢٦٠ .

(٢) الموجز لفلوف ص ٧١٢ .

## وإشار فيه إلى براءة فمة المعلن مبدأ ثبوت بالكتابة على هذه البراءة<sup>(١)</sup>.

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشهادة الرسمية المستفجرة من قلم الموقود بالمحكمة المختصة بالبراءة دلالة صريحة على أن هناك عقد بيع صغر من زيد لعمرو وأن البيع هو بمن قدره كذا وأن زيدا الصادر من البيع هو الذي قدم العقد بنفسه لإثبات تاريخه فأثبتت بتاريخ كذا تحت رقم كذا وأن زيدا هذا هو هو بنفسه الذي تسلمه من قلم الكتاب بتاريخ كذا - هذه الشهادة مفادها أن بقلم الموقود إيصالا موقفاً عليه من زيد يفيد تسلمه للعقد وأن هذا العقد صادر من البيع لعمرو ببيع كذا . ولا شك في أن ذلك الإيصال المستفاد حتماً من عبارة الشهادة الرسمية التي هي في ذاتها حجة لم يظن فيها بطلان مطلق، هو ورقة صادرة من زيد دالة على ما كان منه من البيع لعمرو بالثمن المذكور . وهذا الإيصال وإن كان لا يفيد قطعاً أن الثمن الفراد بصفه البيع الذي تسلمه زيد قد دفعه عمرو له فلا أر أنه كان ثمناً موجباً ، إلا أن جريان المادة التالية بأن المشتري يدفع الثمن ، ذلك بقرب الاحتمال بأن هذا الثمن دفع فعلاً . وإذن فهذا الإيصال المدلول عليه حتماً بصفه الشهادة الرسمية هو مبدأ ثبوت بالكتابة بقرب احتمال صحة تسليم زيد المبلغ الثمن ، ويجوز بحسب القانون تكميل الاستدلال بالبيئة والقرائن (نقض مدني ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة صر ١ رقم ٢٤٠ ص ٦٥٣ - قارن استئناف مخطوط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٧) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لا محل لنس على المحكمة أنها عاينت القانون في تكليف العقد ، وأثبتت الضرورية بين المتعاقدين بالقرائن ، إذ هي في تكليفه قد اقتصت على عقد التنازل من حق المصلحة والتمسك بعدم التصرف في العين طول حياة الباقية ، مما مفاده أنها اقتصت على مبدأ ثبوت بالكتابة استكملته بالقرائن التي سالتها والتي من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥ ص ١٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا قدرت نفقة زوجة على زوجها ببيع معين (عشرين جنيهاً) بمقتضى محضر صلح حرد بينهما ، ثم استظهرت المحكمة من وقائع الدعوى المرفوعة من الزوجة في شأن هذه النفقة أن الزوجة قبلت أن تقيض من زوجها مبلغ ستة جنيهات شهرياً ، وأنها كانت تقيض هذا المبلغ كل شهر حوالى خمس سنوات بمقتضى شيكات بحولة لأمرها وإذنها ، وأنها لم تعرض بأي اعتراض خلال هذه المدة ، وإنما كان اعتراضها بعد وفاة الزوج ، وبناء على ذلك قضت المحكمة برفض طلب ما تجهد من النفقة ، لأنها لا تكون اقتصت على قرائن فحسب بل أيضاً على الشيكات التي وقعتها الزوجة حين قبضت قيمتها ، مما مفاده أن المحكمة اقتصت على مبدأ ثبوت بالكتابة استكملته بتلك القرائن (نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦ ص ٢١) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم النهائي لم يفصل إلا في جواز إثبات الشركة التي كان الطامن يدهي وجودها استناداً إلى أن الإشارات المتبادلة بينه وبين المظنون عليه تدل على وجود علاقة بينهما اعتبرتها المحكمة مبدأ ثبوت بالكتابة بغير سماع البيئة المختصة له ، ولم تقطع في مامية هذه العلاقة ، وكان الحكم التقضي قد فصل في أمرها بعد مناقشته شهادة الشهود وتقديرها ، إذ نفي ما يدعيه الطامن من وجود الشركة المزعومة بينه وبين المظنون عليه ، فإن الطمن في هذا الحكم الأخير استناداً إلى وجود تناقض بين أسبابه ومنطوقه فضلاً عن مخالفة لقضاء الحكم النهائي - هذا الطمن يكون غير صحيح (نقض مدني ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ -



لما أن تشير الورقة إلى الواقعة المراد إثباتها إشارة ملية فذلك يفتقر  
على أحد وجهين :

— رقم ٦٤ ص ٣٣٩ — وقفت كذلك بأنه لا تثير على المحكمة إن هي اتخذت من الخطابات  
الصادرة من مودة الخصوم إلى مستأجر ألبان الروكية التي كانت تقوم بإدارتها ، لا سيما  
الخطاب الذي تطالب فيه المستأجر المذكور بمبلغ سبق أن طالبه به في خطاب سابق حاجبها الشبهة  
إليه في العادة - لا تثير على المحكمة إن هي اتخذت منها مبدأ ثبوت بالكتابة بقرب احتمال أن  
المال الذي أنفق في شراء الأرض وبناء العماره التي يدعى الطامن أنها كانت ملوكة لمودة إنسا  
كان من مال الروكية ولحسابها . ومن كانت المحكمة قد استعملت مبدأ الثبوت هذا بقرائن ضعيفة  
ساقطها ومن شأنها أن تلجأ إلى ما استعملته منها ، فإن حكمها يكون مطابقاً للقانون ( نقض  
مدى ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٦ ص ٣٤٦ ) .

وقفت محكمة استئناف مصر بأنه إذا أقر وكيل الخصوم في مذكرة تقدمت أثناء نظر الدعوى  
بوجود علاقة عطفية بين موكله وبين كريمة خصه وأنه دفع لها مهرًا ، فإن هذا الإقرار الذي  
تضمنته المذكرة التي تعتبر قانوناً كأنها صادرة منه ، وإن لم يثبت دعوى الخصم بملكته للجهان  
موضوع النزاع ، إلا أنه يتم من صحة الادعاء ويحمله قريب الاحتمال ، فتكون المذكرة بمثابة  
مبدأ ثبوت بالكتابة يسمح بتكدة الإثبات بالبيئة وقرائن الأحوال ( استئناف مصر ٨ نوفمبر  
سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١١٥ ) — وقفت أيضاً بأنه إذا رُفِعَ ألغ غداً أخيه دعوى  
بمطالبة بمصرفات دعوى كانت مرفوعة منه لصالحها معاً وبناء على عقد اتفاق محرر بينهما ،  
فأبرز المدعى عليه جملة خطابات صادرة من أخيه المدعى يفيد بعضها قيامه بدفع بعض هذه  
المصرفات والبعض الآخر بمطالبة بمكاملة رسوم استئناف وغلاطه ، اعتبرت هذه الأوراق مبدأ  
ثبوت بالكتابة لتتخلص من الدين ( استئناف مصر ٢٥ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١١٩  
ص ٢٢٧ ) .

وقفت محكمة الاستئناف المنطقة بأن الإيصال الذي يصدر من البائع يبين فيه اتفاق الطرفين  
على موقع العقار وعلى الثمن ، دون أن يذكر حدود العقار ومساحته ، يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة  
على حصول البيع ، ويجوز إثبات الحدود والمساحة بالبيئة والقرائن ( استئناف مخطط ١٥ يناير  
سنة ١٩٥٣ م ١٥ ص ٨٩ ) . وقفت أيضاً بأن الكتاب المرسل من الموجر إلى المستأجر يصلح  
له فيه حق شراء العين المؤجرة ، بشرط الاتفاق على شروط البيع في محاد معين ، يصلح مبدأ  
ثبوت بالكتابة على وقوع البيع شفويًا في هذا المحاد بشرط يدفع منه توقيع العبد ( استئناف مخطط  
٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ ) . وقفت أيضاً بأن الورقة التي تثبت بيعاً مخطف كل  
الاعتلاف من البيع المدعى به لا تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على هذا البيع ، لا سيما أنه لا يمكن  
إثبات ما يخالف البيع المكتوب بالبيئة أو بالقرائن ( استئناف مخطط ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠  
ص ١٢٣ ) .

نظر أيضاً : الموجز المؤلف من ٧١٢ هامش رقم ١ في الأحكام المشار إليها - يومى  
ويطرد ٤ ص ٢٨٨ - لوموى ودو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٢ - ص ٣٦٣ .

(ا) إما بأن تثبت الورقة واقعة هي عكس الواقعة المراد إثباتها تماماً ، ثم يبين بعد ذلك تزوير الورقة ، فتنتفي هذه الواقعة العكسية وتصبح الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال . مثل ذلك أن يطالب الدائن مدينه بالدين وليس مع الدائن سند مكتوب ، فيبرز المدين مخالصة مزورة ، فتكون هذه المخالصة بعد أن ثبت تزويرها مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الدين<sup>(١)</sup> . ومثل ذلك أيضاً أن يثبت أن تاريخ الورقة مزور وأن التاريخ الصحيح هو ما قرره من ادعى التزوير ، فإن ذلك يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات صحة ما يلحق به إلى مدعى التزوير ، إذ أن حكمه قد ثبت تزويره ، فأصبح ما يلحق به أقرب الاحتمال<sup>(٢)</sup> .

(ب) وإما أن تكون الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من شأنها في الأصل أن تثبت واقعة متنازعا عليها ، فلذا هي لم تثبتا كان في ذلك إشارة سلبية إلى أن هذه الواقعة غير صحيحة . مثل ذلك أن تجرد تركه المدين الميت بحضور دائته ولم يذكر للدين في محضر الجرد ، فخلو المحضر من ذكر هذا الدين مع حضور الدائن وقت الجرد قد يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة على الوفاء ، إذ لو كان الدين لا يزال في ذمة المدين لما خلاصته محضر الجرد<sup>(٣)</sup> . ومثل ذلك أيضاً أن يتسلك المدين بأن الدائن أبرأه من الدين ، ويحتج بأن ورقة الدائن بعد موته ، وهم يعلمون بالدين وحقيقة الإبراء منه ، قد انقسموا التركة ولم يذكروا شيئاً في عقد القسمة عن هذا الدين ، فيعتبر عدم التنويه عنه في عقد القسمة مبدأ ثبوت بالكتابة على صحة الإبراء<sup>(٤)</sup> .

(١) الأستاذ عبد السلام ذعن في الأدلة ١ ص ٤٧٣ .

(٢) نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٠ ص ٧٥١ - كذلك قيام تعارض بين ورقة عرقية وورقة رسمية يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة (استئناف مستط ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٣) .

(٣) الموجز للقول ص ٧١٣ .

(٤) نقض فرنسي ١٨ يناير سنة ١٩٠٤ فالورز ١-١٩٠٤-٢٩٥ - أوبري ورد ١٧ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٤ - الأستاذ عبد السلام ذعن في الأدلة ١ ص ٤٧٢ - الأستاذ أحمد نعلت في الإثبات ١ فقرة ٤٥٦ .

وقد قضت محكمة النقض في مصر بأنه متى كان الحكم الابتدائي قد قضى بالزام الطاعن بتبليغ مقابل ثمن الطيان كلف بينهما من مورث المطعون عليهم ، وكان الطاعن قد تمسك في دفاعه لدى محكمة الاستئناف بأنه أقر ثمن هذه الطيانات للمورث المذكور ، مستنداً إلى محضره صلح موقع =

وسواء كانت الإشارة إيجابية أو سلبية ، فقد قلنا أنه يجب لا اعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة أن يكون من شأنها جعل الواقعة المراد إثباتها مرجحة الحصول ، لاحتملة فحسب . فالافتراق المكتوب ما بين شخصين على جواز إثبات العقود المبرمة بينهما بالينة لا يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات عقد أبرم بعد هذا الافتراق ، إذ أن هذا الافتراق المكتوب ليس من شأنه أن يجعل القدر المدعى به مرجح الحصول ، ولا يزيد على أن يجعله محتملاً (١) .

### ٢٣٦ - ورقه لم يكن ككنا أنه تكوره ديعو كتاييا فامعو على الواقعة

المراد اثباتها ثم هي لا تشير إلى هذه الواقعة : ويبدو لأول وهلة أن مثل هذه الورقة لا تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، لأنه يعد أن يكون من شأنها أن تجعل واقعة لا تشير إليها بناتاً - لا إيجاباً ولا سلباً - مرجحة الحصول . ولكن يقع مع ذلك ، في بعض الأحوال الاستثنائية ؛ أن مثل هذه الورقة تثبت واقعة أخرى لما ارتباط بالواقعة المراد إثباتها ، ويكون ثبوت هذه الواقعة الأخرى من شأنه أن يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال . فيقتل الإثبات بذلك من محل إلى آخر ،

١٠ طلبنا من المورث باسهارما وزهين ساعدتين من خصمه في تاريخ لاحق لتاريخ بيع الأبطال لم ينس لهما على مديونية المورث بألى التزام ، لا يصفه الشخصية ولا يصفه وكلا عنه ، وأنهما يصلحان لأن يكونا مبدأ ثبوت بالكتابة يحصلان دفاعة بعدم مديونية في ثمن الأبطال قريب الاحتمال ، وطلب إحالة الدعوى على التصديق لإثبات هذا الافتراق ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل الرد على هذا الطلب يكون قد طرد تصور بطل له بما يستوجب نقضه في هذا الخصوص (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢١ ص ٨١٨) - وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم تذكر الورقة في محضر جرد أحوال مورثهم دفاعة من المدين ، فإن هذا يصح إعماله مبدأ ثبوت بالكتابة المنعكس من هذا القيد (استئناف مصر ٨ يونية سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩ ص ١٩٥) .

(١) محكمة كان الاستئنافية (فرنسا) ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٥ فالقوز ٦١ - ٢ - ٣٩ - فالقوز براتيك ٩ لغز لإثبات (Preuve) فقرة ١٢١٠ - وقد قضت محكمة النقض بمصر بأنه ليس لمن يدعى صورة لشركة إلى بين شخص وآخرين أن يخط هذه الصورة مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز له أن يثبت بالينة والقرائن الشركة التي يدعى تملكها بينه هو وبين هذا الشخص ، لأن هذه الصورة ليس من شأنها - حتى لو صحت - أن تجعل الشركة التي يدعىها قريبة الاحتمال (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة حر ٤ رقم ٢٣١ ص ٦١٤) .

وهذا ما عرفناه بتبديل محل الإثبات أو تحوله (déplacement de preuve) .  
ويتحقق ذلك في الأمثلة الآتية :

١ - رفع شخص على آخر دعوى الدين ، تقدم المدعى عليه ورقة تفيد أن المدعى مدين له بعد تاريخ استحقاق الدين المدعى به . فهذه الورقة تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على وفاء الدين المدعى به . ذلك أن المدين لا يبدأ في المادة أن يكون دائناً لدائنه إلا بعد أن يوفيه الدين الذي عليه . فالورقة تثبت واقعة مديونية الدائن للمدين . والواقعة المراد إثباتها هي وفاء المدين الدين لدائنه . وثبوت الواقعة الأولى يحل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال<sup>(١)</sup> .

٢ - إذا قرر الدائن المرتهن شطب الرهن ، فإن هذا التقرير يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة على وفاء الدين المضمون بالرهن . ذلك أن الدائن المرتهن لا يرضى عادة بشطب الرهن قبل أن يستوفى حقه . وتقرر: الدائن لشطب الرهن ورقة تثبت رضاه الدائن بهذا الشطب . والواقعة المراد إثباتها هي وفاء الدين المضمون بالرهن . وثبوت الواقعة الأولى يحل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال .

٣ - قضت دائرة النقض الجبائية<sup>(٢)</sup> بأنه إذا أعط أحد ضباط القرعة قيمة البديل العسكري من والد أحد المقترعين وبدلها ، وزور شهادة معافاة باسم المقترع المذكور ، فإن هذه الشهادة المزورة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى تسلم المبلغ . ذلك أن شهادة المعافاة المزورة تثبت أن قيمة البديل العسكري

---

(١) جرجا ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٣٨٢ ص ٥٨٥ . وقد رأينا أن محكمة النقض قد قضت بأن قرارات الصادر من الدائرة إلى مدنيها لتسجيمه فيها وتفكر له إحسانه عليها دليل كتابي كاف في نفي وجود قرع حقيقي ( نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢ ) .

ويقرب من هذا ، قبل التقنين المفعول الجديد ، الإحصاء بالنقطة الأخير من الإحصاء ، فقد كان يمكن إحصاءه مبدأ ثبوت بالكتابة على دفع الأقساط السابقة ، لأن المذبح لا يعطى عادة خصاصة عن القسط الأخير إلا بعد أن يكون قد أسعق الأقساط السابقة ، فواقعة دفع القسط الأخير التي يفتها الإحصاء تجعل واقعة دفع الأقساط السابقة قريبة الاحتمال ( نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة حر ١ رقم ٣٥٤ ص ٧٢٦ ) . ولكن التقنين الجديد (م ٥٨٧) جعل قرفاء بالنقطة الأخير قريبة قانونية على قرفاء بالأقساط السابقة ، وهي قريبة تقبل إثبات العكس .

(٢) ٧ يناير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٣ ص ٤ .

لم يسلد لخزانة الحكومة . وهذه الواقعة تجعل واقعة تسلّم الضابط للبدل وتبديله  
إياه قربة الاحتمال (١) .

(١) أراد المتهم أن يثني اعتقاله للمبلغ عشرين جنياً سلمه إليه أحد المقترعين قبة الليل  
الصكوى ، فزور شهادة صافية من الخسة العسكرية لهذا المقترح . وقد قضت المحكمة بأنه يجوز  
إثبات دفع المبلغ للمتهم بالبيئة ، لأن شهادة المرافعة المزورة تصلح أن تكون مبدأ ثبوت  
بالكتابة منه .

وقضت محكمة لتفتش بأنه متى كان الواقع هو أن الطاعن أقام الدعوى على المطعون عليهم ،  
وطلب الحكم بالزامهم بمبلغ معين بموجب سند ذكر فيه أن هذا المبلغ سلم لم على سبيل القرض ،  
فدفع المطعون عليهم الدعوى بأن المبلغ المطالب به ليس قرضاً ، وإنما هو من حصة في (ما كينة)  
اشتروها من الطاعن بموجب سند يبيع محرر في تاريخ تحرير السند ، وكان الحكم المطعون فيه  
إذ اعتبر منه البيع مبدأ ثبوت بالكتابة يميز المطعون عليهم تسكلة إثبات دفاصهم بالبيئة قد قرر  
أن هذا السند هو ورقة صادرة من الطاعن ومحررة مع السند موضوع الدعوى في مجلس واحد ،  
علوية على اتحادهما في خط الكاتب لها والشهود الموقعين عليها والمعاد المحررين به ، كما أنه  
يستبعد أن يفتري المطعون عليهم حصة الطاعن في الماكينة وأن يدفعوا إليه اثمن ويقرضوا في  
نفس مجلس السند المبلغ المحرر به السند ، إذ قرر الحكم ذلك لأنه لا يتخلف القانون (نفس على  
٥ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨٧ ص ٥٧٠) — وقضت محكمة الاستئناف  
الأعلى بأنه إذا ذكر في سند يبيع مقدار أن الباقي يملكه بناء على سند آخر تاريخه كلما صادر من  
زيد من الناس ، وكان على المشتري حقوق ارتفاق أو ثبوت فله حصة في هذا السند ، مع جلا الذكر  
مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات علم المشتري بوجود حقوق الارتفاق المذكورة في سند فراء باله ،  
وحصله يسرع المسكة ثبوت الإثبات بالقرائن ، ويمكنها بما لها من السلطة المطلقة في هذه الحالة  
أن توجه التمين المقتضى بأنه لم يطلع على سند فراء باله المذكور في سند ولا على له بمطوق  
الارتفاق والقبول الموجودة في السند الأول (استئناف أجل ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٩ الخرق ٢٤  
ص ٢٣٧ — قانون : استئناف أجل ٨ مارس سنة ١٩١٠ مجموعة القريعة ١٢ ص ٦) —  
وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا رفضت امرأة دعوى قيد شخص لطالب بإبطال دعوى أنه  
القرض منها ، وظهر من مجموعة المراسلات المتبادلة بينهما وبينه في وقت ماضي لتاريخ تحرير  
السند أن لا حول أن هناك ما يجعل على ظن بوجود خلافات غير شريفة بينهما حدوث من  
أهلها السعات ، وبأن الدالة كانت تبين في رأيها في كشف المدين الذي كان يطلبها  
وقت لآخر ما تجرد به نفسه ، حتى أنها كالتا يستجيبه جنياً واحداً في بعض الأحوال ،  
ما يدل على أنها كانت في حالة فقر لا تسع لها بأن تفرغ من ثلثها جنه ، كان هذا كاشفاً في  
ثبوت وجود علاقة قرض حقيقي ، وتكون السندات خالية من السبب القانوني وباطلة (استئناف  
مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٢٢ الجلسة ١٢ رقم ٢٤ ص ٦٩) .

وقضت محكمة الاستئناف المختصة بأنه لما كفل شخص مطلقاً في السند لدى مقدمه مع دائنيه ،  
ثم فتح له حساباً جديداً كما تفتح الحسابات الجارية ما بين يمين من يثبت من يثبت التجارة مستقلين تلم  
الاستقلال كل منهما من الآخر ، فإن فتح هذا الحساب يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة ، يجوز —

## المطلب الثاني

قيام المانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها

٢٢٧ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

- « يجوز أيضاً الإلزام بالكتابة :  
(أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي .  
(ب) إذا فقد الدائن سند الكتابي لسبب أجنبي لا بد له فيه » (١) .  
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢١٥/٢٨٠ و ٢١٨/٢٨٣ (٢) .  
وقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون الينيات السوري  
المادة ٥٧ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٩١ ، وفي تقنين أصول المحاكمات

« استحاله بالينة والقرائن ، على أنه - عموماً لما جاء في شروط الصلح من أن المصلح قد نزل  
لكفيله عما له من الحقوق - قد تم اتفاق بينهما على ترك المصلح على رأس حله مباشر تجاهه  
( استئناف مخطط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٣ ) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤١١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :  
« ويجوز أيضاً الإلزام بالينة : ( أ ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل  
كتابي ( ب ) إذا فقد الدائن سند الكتابي لسبب أجنبي لا بد له فيه ( ج ) إذا طعن في العقد بأن له  
سبباً غير مشروع » . وفي لجنة المراجعة أضيفت عبارة « فيما كان يجب إثباته بالكتابة » في صدر  
المادة لتجمل المضى أملاً ، ونقل البند ( ج ) : « إذا طعن في العقد بأن له سبباً غير مشروع »  
لأن مكان آخر ( السبب غير المشروع ، وله سبب الإفادة إلى ذلك ) . وأصبح النص هو المادة ٤١٦  
في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلسة مجلس للتفريع تحت رقم ٤٠٣ ، فجلس  
التفريع ( جريدة الأعمال التشريعية ٣ ص ٤١٠ و ص ٤١٤ - ص ٤١٥ ) .

(٢) كانت المادة ٢٨٠/٢٩٥ من التقنين المدني السابق تجري على الوجه الآتى : « في جميع  
الحواد ما دعا بالتجارية إذا كان المصلح به عبارة عن نفوذ أو أوراق تزيد قيمتها عن ألف قرش  
ديراً أو غير مقدرة ، فالأشخاص الذين لم يكن لهم مانع من الاستعمال على كتابة معية اثنين  
أو ثلاثة لا يقبل منهم الإلزام بالينة ولا بقرائن الأحوال » . وكانت المادة ٢٨٣/٢١٨  
تنص على ما يأتي : « وكذلك يجوز الإلزام بما ذكر إذا وجد دليل قسري على صياحه المستوجب  
تقريره » . ونرى من ذلك أن الحكم واسع في المسائلين في التقنينين الجديد والقديم .

المقدمة للبناني المادة ٢٤٢ ، وفي التفتين الجبج المادة ٣٩١ (١) .

وقابل في التفتين المدني الفرنسي المادة ١٣٤٨ (٢) .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٥٧ : يميز الإثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة : (١) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي - يعتبر مانعاً مادياً ألا يوجد من يستطيع كتابة السند أو أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد . يعتبر مانعاً أدبياً القرابة بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الخواص إلى الدرجة الثالثة أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر . (ب) إذا فقد الدائن سنده المكتوب لسبب لا يد له فيه . (ج) إذا طعن في العقد بأنه منوع بالقانون أو مخالف للنظام العام أو الآداب .

(و) هذه الأحكام تنطبق مع أحكام التفتين المصري ، غير أن قانون البينات السوري حدد بعض أحوال المانع المادي والمانع الأدبي ، وأضاف النص على جواز الإثبات بالبينة وبالقرائن في حالة الإحवाल على القرائن ، وقد تقدم بيان حكمها) .

التفتين المدني العراقي م ٤٩١ : يميز أيضاً الإثبات بالشهادة فيما كان يجب إثباته بالكتابة :

(١) إذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي . ويعتبر مانعاً مادياً ألا يوجد من لا يستطيع كتابة السند . (ب) إذا كان العقد مبرماً ما بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الخواص إلى الدرجة الرابعة أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر . (ج) إذا فقد الدائن سنده المكتوب لسبب أجنبي لا يد له فيه . (والأحكام تكاد تكون واحدة في التفتين العراقي والتفتين المصري ، غير أن التفتين العراقي حدد أحد الموانع المادية ، وسحر الموانع الأدبية في الزوجية والقرابة) .

تفتين أصول المحاكمات المدنية البناني م ٢٤٢ : تقبل البينة الشخصية . . . (١) إذا استحال على الدائن الحصول على بينة خطية . ويمكن بمجرد الاستحالة المعنوية ، وهي تنشأ خصوصاً عن العرف المتبع في بعض المدن ، أو خلافات القرى بين الأصول والفروع أو عن الروابط الزوجية (٥) إذا أثبت الدائن فقدان السند بطريقه ما . (والأحكام واحدة في التفتين المصري والبناني ، إلا أن التفتين البناني حدد أم أحوال المانع الأدبي) .

التفتين المدني للمملكة العربية المتحدة م ٢٩١ : مطابق لنس التفتين المدني المصري .

(٢) التفتين المدني الفرنسي م ١٣٤٨ : ويمكن من اقتناصتين (ضرورة الدليل الكتابي) :

أولاً جميع الحالات التي لم يكن الدائن يستطيع فيها الحصول على دليل كتابي للالتزام المقود له . وهذا الاستثناء الثاني يسري : (١) على الالتزامات التي تنشأ من جبه عقد أو من جريمة أو من شبه جريمة . (٢) على الروائع الاضطرابية التي تقع في حالات الخرق والتهيم والاضطرابات والفرق ، وفي الروائع الاضطرابية لثلا في القنادل التي يتزولون فيها ، وهذا كله وفقاً لصفة الشخص ولظروف الروائع . (٣) في الالتزامات المقودة عند زول أحداث غير متوقعة لم يكن يستطيع معها كتابة ورقة . (٤) في حالة ما إذا فقد الدائن السند الذي كان يستعمله دليلاً كتابياً بسبب خلعت فجائ لم يكن متظراً وترتب على قوة قاهرة .

ونتين من نص التفتين المدنى المصرى أنه جمع بين حالتين تتميز إحداها عن الأخرى ، وإن كانتا تشتركان من ناحية قيام المانع فى كل منهما :

(١) حانة قيام المانع من الحصول على الكتابة .

(٢) حالة قيام المانع من تقديم الكتابة بمد الحصول عليها ، وذلك لفقدانها بسبب أجنبى .

## § ١ - قيام المانع من الحصول على الكتابة

٢٢٨ - المانع المادى والمانع المدنى : إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة لإثبات تصرف قانونى كان الواجب إثباته بالدليل الكتابى ، فلا مناص من الزول عند حكم الضرورة ، والسماح بالينة والقرائن لتحل محل الكتابة فى إثبات هذا التصرف . والمانع ، وفقاً لنص المادة ٤٠٣ ( بند ١ ) إما أن يكون مانعاً مادياً أو مانعاً أدبياً .

وفى الحالتين - قيام المانع المادى أو قيام المانع الأدبى - يجرى الإثبات بالينة والقرائن : (١) فيما يزيد قيمته على عشرة جنيهات . (٢) فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها . (٣) فى كل فقد يتطلب القانون أن يكون إثباته بالكتابة ولو لم تزد قيمته على عشرة جنيهات ، كالصلح والكفالة . أما القدر الشكلى الذى لا يستند إلا بورقة رسمية ، كالمبة والرهن الرسمى ، فلا يثبت ، بل لا يوجد ، بنبر هذه الورقة الرسمية . وقد مر بيان ذلك عند الكلام فى مبدأ الثبوت بالكتابة .

---

= Art. 1348 : Elles reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. Cette seconde exception s'applique : 1° Aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits. — 2° Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait. — 3° Aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit. — 4° Au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure.



والبيئة والقرائن ، في الصور الثلاث المتقدم ذكرها ، لا تكفل الدليل الكتابي - كما كان الأمر في مبدأ الثبوت بالكتابة - بل نحل حل هذا الدليل لقيام الضرورة<sup>(١)</sup> .

والمانع ، مادياً كان أو أدبياً ، والعهدة مادية يكلف بالثبوتها الخصم الذي يدعيها ، وله أن يثبتها بالبيئة والقرائن . فيجب إذن حل الخصم أن يثبت أولاً قيام المانع ، ثم يثبت بعد ذلك التصرف القانوني المدعى ، ويثبت هذا وذلك بجميع الطرق<sup>(٢)</sup> . وأياً كان المانع ، مادياً أو أدبياً ، فإن تقديره موكلول إلى قاضي الموضوع . وهو لا يخضع في ذلك إلى رقابة محكمة التخص ، مادام يورود في أسباب حكمه الواقعة التي اعتبرها مانعاً ، وبين لماذا أضفى عليها هذا الاعتبار . فإن أتى في ذلك بما هو مستلخ مقول ، حل تكييفه على الصحة ، وإلا صار ما اعتبره من ذلك كأنه منزع من غير دليل<sup>(٣)</sup> .

ونستعرض الآن كلام المانعين : المانع المادى والمانع الأدبى .

(١) وقد جاد في المذكرة الإيضاحية المفروغ التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « والبيئة في هذه الأحوال لا تكفل الدليل الكتابي ، بل نحل عنه بعد أن فقد استعمال نصيبه . وقرائن أن وجوب الإثبات بالكتابة يفترض إمكان الحصول على الدليل الكتابي ، فإذا حالت ظروف خاصة دون ذلك تختم الاستثناء إذ لا قبل لأحد بالمستحيل . وبراى من ناحية أخرى أن هذا النص يرمى إلى استعمال البيئة بالدليل الكتابي ، فهو وإحال هذه لا يطبق حيث تكون الكتابة قرينة يترتب على تخطئه بطلان التصرف ، بل يطبق في الأحوال الخاصة التي يطلب فيها القانون الدليل الكتابي للثبات ولو كانت القصة أقل من عشرة جنيهات » (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٥١١) . (٢) استئناف مخطوط ٢ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٠ - ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٩٣ - ١٢ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ .

(٣) نفس مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٦ ص ٥٥٠ - ٦ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٤ ص ٦٩٧ - استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٧٦ . وقد جاد في المذكرة الإيضاحية المفروغ التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « وإذا كان القاضي هو المرجع في تقديم الظروف المانعة ، إلا أن من واجبه أن يبين هذه الظروف متى تسبب الاستعانة المادية . أما الاستعانة المصغرة التي تحول دون الحصول على كلفة فلا ترجع إلى ظروف مادية ، بل ترجع إلى ظروف نفسية ، وهي تفتقر بطلان الخصم وقت انعقاد التصرف . ومرجع الأمر في تقدير هذه الاستعانة ، مع ما يطرق في هذا التقدم من حجة ، هو القاضي ، ولكن يصح عليه أن يسبب تقديره ( مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٤١٢ ) .

## ١ - المانع للمدعى

٢٢٩ - أستر على المانع المادى : لم يورد التقنين المدعى الجعبد ، ولا التقنين المدعى السابق ، أمثلة على المانع ، مادياً كان أو أدبياً ، كما فعلت بعض التقنينات الأخرى . ونورد هنا بعض ما أورده هذه التقنينات ، وما أخذ به القضاء والفقه من حالات المانع المادى .

فقد نص التقنين المدعى الفرنسى ( م ١٣٤٨ ) على بعض هذه الحالات على سبيل المثال . فذكر : (١) الالتزامات التى تنشأ من شبه العقد أو الجريمة أو شبه الجريمة . (٢) القومية الاضطرابية التى تقع فى حالات الحريق والتهديم والاضطرابات والفرق ، وكذلك ودية الزيل فى الفندق ، وفلك كله وفقاً لصفة الشخص وظروف الواقع . (٣) الالتزامات المعقودة عند نزول أحداث غير متوقعة لم يكن يستطاع معها كتابة ورقة .

ونص قانون الينيات السورى ( م ٥٧ ) على حالتين : (١) ألا يوجد من يستطيع كتابة السند (٢) أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً فى العقد .

ونص التقنين المدعى العراقى ( م ٤٩١ ) على حالة واحدة هى ألا يوجد من يستطيع كتابة السند .

ويضيف الفقه والقضاء حالات أخرى . منها حبوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال . ومنها الاحتيال على القانون ، والسبب غير المشروع . ومنها الصورية بالنسبة إلى الغير وفيها بين المتعاقدين . ومنها ما جرت العادة أن يعتبر الحصول على دليل كتابى فيه مصلواً .

وننبه بادىء ذى بدء إلى أن هذا كله لم يذكر على سبيل المحصر ، بل على سبيل المثال . فيجوز أن توجد إلى جانب هذه الحالات حالات أخرى يقوم فيها المانع المادى من الحصول على دليل كتابى ، بل قد تجد حالات لم تكن موجودة من قبل .

ونقتصر هنا على تنسيق الأمثلة التي قدمناها وترتيبها ، حتى نتحدد من زوايا ذلك فكرة المانع المادى .

ويمكن تقسيم ما قدمناه من الحالات إلى طوائف ست : (١) الالتزامات التي تنشأ من مصدر غير عقدى ، وعيوب الإرادة . والذي يجمع بين هذه الحالات أنها جميعها في الواقع من الأمر ليست تصرفات قانونية ، بل هي وقائع مادية ، فهي ليست استثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابي . (٢) أن يكون طالب الإثبات غير طرف في التصرف القانوني وما يتصل بذلك من الصورية . (٣) الاحتيال على القانون والسبب غير المشروع . (٤) الودائع الاضطرارية ، ويلحق بها ، بالنسبة إلى البلاد التي لم تنشر فيها الكتابة انتشاراً كافياً ، ألا يوجد من يستطيع كتابة السند . (٥) الأحداث غير المنظورة بوجه عام . (٦) ما جرت به العادة .

### ٢٣٠ - الالتزامات غير المعقّدة وعيوب الإرادة : بذكر التقنين

المبنى الفرنسي (م ١٣٤٨) بين حالات المانع المادى مصادر الالتزامات غير العقدية ، ويعددها على الوجه الذى اختاره في ترتيب هذه المصادر : شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة . ونلاحظ في هذا الصدد أمرين : (أولاً) لو فرضنا جدلاً أن مصادر الالتزام غير العقدى تصرفات قانونية ، فإن المانع هنا من الكتابة ليس مانعاً خاصاً في حالة بالذات ، بل هو مانع عام في جميع هذه الحالات دون تمييز ما بين حالة وحالة . وعندنا أن المقصود بقيام المانع أن يكون هذا المانع ذاتياً يقوم في حالة بالذات ، لأن يكون مانعاً موضوعياً يقوم بالنسبة إلى طائفة من الحالات في جميع أفرادها <sup>(١)</sup> . (ثانياً) وقبل ذلك ، يجب أن نلاحظ أن المصادر غير العقدية للالتزام ليست تصرفات قانونية إطلاقاً بل هي وقائع مادية . وقد رأينا أن الدليل الكتابي إنما وضع للتصرفات القانونية دون الوقائع

(١) قارن أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٦ - بلانجيل وديير وجابول ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ٩٩٨ - وما يؤيد النظر الذى نذهب إليه ما جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى ، ه أما فيما يتعلق بخصوص الاستثناء ، فيراعى أن الاستثناء يرد على قاعدة حظر الإثبات بالهبة . وهذه القاعدة تطبق بشأن التصرفات القانونية دون الوقائع القانونية . ويحتمل من ذلك أن هذا الاستثناء لا يطبق إلا على التصرفات القانونية ، وهي التي تنفرد بوجود اتصال =

للأدلة ، أما هذه فالأصل فيها أن يكون إثباتها بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البيئة والقرائن والمعينة كما قدمنا . فلم يكن التقنين المدنى الفرنسى في أية حاجة إلى استثناء المصادر غير العقدية من قاعدة وجوب الإثبات بالدليل الكتابى ، فهى في الأصل لم تدخل في هذه القاعدة حتى تستثنى منها . وقد أعطى التقنين الفرنسى في إيراد هذا الاستثناء الظاهرى ، وأحسن التقنين المصرى في تجنب متابعتها في هذا الخطأ<sup>(١)</sup> .

وإذا رتبنا مصادر الالتزام غير العقدية الترتيب الحديث ، وقلنا إنها العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون ، وجدنا أن العمل غير المشروع يكون دائماً علماً مادياً له أركان ثلاثة ، هى الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، وكل ركن من هذه يعتبر واقعة مادية يجرز إثباتها بالبيئة والقرائن . على أن هناك أحوالاً غير مشروعة تقوم على أساس عقود مدنية ، كجريمة التلبيد فهذه يجب في إثباتها إثبات العقد المدنى الذى تقوم عليه ، ولا بد في إثبات العقد المدنى من مراعاة

= الكتابة في إثباتها . ويظهر على هذا ما يأتى : (أ) أن استعمال الحصول على دليل كتابى في هذه الحالة ليست مطلقة ، بل هى نسبية عارضة . (ب) أن الاستعانة لا ترجع إلى طيبة الواقع خلافاً لما نصت عليه المادة ١٩٤٠ من التقنين الهولندى ، بل ترجع على وجه الأفراد إلى الظروف الخاصة التى انقضت فيها التصرف . (ج) أن الاستثناء لا يتعلق بالوقائع القانونية التى ينتج فيها على وجه الإطلاق الحصول على دليل كتابى . وقد أعطى التقنين الفرنسى والتقنين الإيطالى (م ١٣٢٨) في إيراد « الالتزامات الناشئة من أشياء المفقود والجنح وأشياء الجنح » في معرض التمثيل للاستعانة بالنسبة التى تحول دون الحصول على دليل كتابى . لأن أشياء المفقود والجنح وأشياء الجنح تدخل في هذا الوقائع القانونية التى لا يسرى بشأنها نقيض الإثبات بالبيئة ، بل البيئة بالنسبة لها جائزة على وجه العموم ، شأنها من هذا الوجه شأن وقائع التصلبى والنفى والصورية والربا .. وقد أحسن التقنين المصرى (م ٢٨٠/٢١٥) والمشروع الفرنسى الإبطال بإبطال الأمانة التى تنسبها للثغيفات المخطئة في هذا الشأن (مبسرة الأصول المصغرة ٣ ص ٤١١ - ص ٤١٢) - انظر أيضاً الأستاذ جبه المنعم فرج الفسدة فقرة ٢١٠ .

(١) ونقول الأسانلة بلانيرول وديجير وجابوله في هذا المعنى : « تذكر المسادة ١٣٤٨ من التقنين المدنى ، كأول تطبيق ، الالتزامات التى تنشأ من شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة . ولكن لا يوجد هنا إلا وقائع لا تسرى في شأنها القواعد الخاصة بنقيض الإثبات بالبيئة ، إذ المطلوب إثبات إنما هو واقعة مادية . فالاستثناء إذن ليس إلا استثناء ظاهرياً محضاً . وهو خطأ عقيبى في الصياغة » (بلاميرول وديجير وجابوله ٧ فقرة ١٥٢٥ ص ٩٩٦) - قانون أوربى ودو ١٢ فقرة ٢٧٥ ص ٣١٧ - ص ٣٢٠ .

قواعد الإثبات المطبقة بالتصرفات القانونية . فلا يجوز إثبات ما تريد قيمته على عشرة جنهات بالبيئة أو القرائن ، سواء في ذلك كانت المحكمة محكمة مدنية أو محكمة جنائية ، وقد مر ذكر ذلك (١) .

أما فيما يتعلق بالإثراء بلا سبب ، فالوفاء بغير المستحق يكون عادة تصرفاً قانونياً ، لا يجوز إثباته بالبيئة أو القرائن إذا زاد المبلغ الموفى به على عشرة جنهات (٢) . والفضالة ، بالنسبة إلى رب العمل ، هي واقعة مادية يجوز إثباتها بالبيئة والقرائن . ولكن القصولى قد يبرم ، فيما يأتيه من أعمال الفضالة ، تصرفاً قانونياً مع الغير ، فيها بينه وبين هذا الغير لا يثبت هذا التصرف إلا وفقاً لقواعد الإثبات في التصرفات القانونية . وهذا التصرف نفسه يعتبر ، بالنسبة إلى رب العمل ، واقعة مادية يجوز له إثباتها بجميع الطرق . وأعمال الإثراء بلا سبب الأخرى تكون غالباً أعمالاً مادية يجوز إثباتها بالبيئة والقرائن ، كاليئاء والقراس ، ولكن يقع في بعض الأحوال أن تكون تصرفات قانونية كن يوفى دين غيره ويرجع على المدين ، ففي هذا الرجوع تراعى قواعد الإثبات في التصرفات القانونية (٣) .

أما الوقائع المادية التي ينص القانون على أنها تنشئ التزامات ، فإن إثباتها جائز بجميع الطرق . على أنه يلاحظ أن القرابة لها في الغالب طرق إثبات خاصة ، وأن الجوار يثبت عادة بالمعينة .

ثم يذكر الفقه ، فيما يجوز إثباته بالبيئة والقرائن لقيام المانع المادى ، عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال . ولكن هذه أيضاً وقائع مادية ، لا معنى لاستثنائها من قاعدة لا تسرى إلا على التصرفات القانونية . صحيح أن هذه العيوب تلتصق بالإرادة ، أى بالتصرف القانونى ، ولكن التصرف القانونى في ذاته يثبت وفقاً للقواعد العامة ، ومن يدعى وجوده عليه أن يثبته ، فإذا ثبت وجوده كان على من يدعى أن التصرف شابه عيب من هذه العيوب أن يثبت ذلك ، ويجوز له أن يثبت هذا العيب بالبيئة والقرائن لأنه واقعة مادية كما قدمنا (٤) .

(١) لوبري ودو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٢٦٨ - ص ٢٧٠ .

(٢) لوبري ودو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٢٦٧ .

(٣) لوبري ودو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٢٦٨ وعلش رقم ٩ .

(٤) لوبري ودو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣ وعلش رقم ٩٨ وعلش رقم ١٩ .

### ٢٣١ - طالب الإثبات ليس طرفاً في التصرف القانوني :

فاذا استبعدنا ما قلناه من الوقائع المادية ، واقتصروا على التصرفات القانونية ، وجب أن تقصر دائرة تطبيق الدليل الكتابي على العلاقة فيما بين طرفي التصرف . فالدليل الكتابي غير مطلوب إلا في هذا النطاق . أما الغير الذي لم يكن طرفاً في التصرف ، فله أن يبتع ، إذا دعت مصلحة مشروعة إلى هذا الإثبات ، بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن . وليس ذلك واجباً ، في نظرنا ، إلى قيام مانع مادي حال دون حصول الغير على الكتابة المثبتة للتصرف . لاشك في أن هذا المانع المادي موجود ، ولكنه مانع عام يوجد في كل حالة يكون طالب الإثبات فيها من الغير بالنسبة إلى التصرف القانوني ، وقد قلنا أن المانع يجب أن يكون خاصاً بوجود في حالة بالذات . والعلة ، في نظرنا ، في أن نبيح للغير أن يثبت تصرفاً قانونياً ليس طرفاً فيه بجميع الطرق ، هي أن هذا التصرف بالنسبة إليه يعتبر واقعة مادية ، والواقعة المادية يجوز إثباتها بجميع الطرق .

وقد رأينا أن الشفع يستطيع إثبات البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة بجميع الطرق ، لأنه من الغير ، فيعتبر البيع بالنسبة إليه واقعة مادية . ورأينا في الفضالة أن الفضولي في أعمال فضالته قد يرم تصرفاً قانونياً مع الغير ، فطرب العمل ، إذا اقتضى الأمر ، أن يثبت هذا التصرف بجميع الطرق ، لأنه لم يكن طرفاً في هذا التصرف ، فيعتبر التصرف بالنسبة إليه واقعة مادية . وقد يتعاقد صاحب المصنع مع أحد الفنيين ، فيأتي مصنع منافس ويستخدم هذا الفني قبل انتهاء خدمته في المصنع الأول ، فإذا رجع صاحب المصنع الأول على صاحب المصنع الآخر بتمريض ، وطولب أن يثبت عقد استخدام المصنع الآخر لهذا الفني ، كان له أن يثبت هذا العقد بجميع الطرق ، لأنه ليس طرفاً فيه ، فيعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية . والحاجز على مال مدني قد يضطر إلى إثبات ملكية المدين للمال المحجوز عليه بمقتضى تصرف قانوني لم يكن طرفاً فيه ، فيثبت هذا التصرف بجميع الطرق ، إذ هو بالنسبة إليه واقعة مادية . ويمكن القول إذن بوجه عام أن كل شخص لم يكن طرفاً في تصرف قانوني ، وكانت له مصلحة في إثبات هذا التصرف ، يجوز له الإثبات بجميع الطرق ، لأن التصرف يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية <sup>(١)</sup> .

(١) انظر أوبري وود ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٧٢ - ص ٣٧٥ .

كذلك يستطيع الغير ، في تصرف قانوني مكتوب ، أن يثبت بجميع الطرق ما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، لأن التصرف يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية . والمثل البارز لذلك هو الصورية . فالقصد الصوري ، فيما بين المتعاقدين ، تصرف قانوني لا يجوز إثبات ما يخالفه - أى إثبات الصورية - إذا كان القصد مكتوباً ، إلا بالكتابة<sup>(١)</sup> . أما بالنسبة إلى الغير ، فيجوز له هذا الإثبات بجميع الطرق ، لأن القصد الصوري بالنسبة إليه يعتبر واقعة مادية ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

**٢٣٢ - الاحتيال على القانون والسبب غير المشروع :** فإذا اقتصرنا على العلاقة فيما بين طرفي التصرف القانوني ، أمكن أيضاً أن نتصور جواز أن يثبت أحد الطرفين التصرف القانوني بجميع الطرق ، لا لأن التصرف يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية فهو تصرف قانوني بالنسبة إلى كل من الطرفين ، بل لأن هناك سبباً غير مشروع ، كربا فاحش أو مقامرة ، يراد إخفاؤه احتيالا على القانون . وقد قدمنا أن الاحتيال على القانون يبيع الإثبات بجميع الطرق ، فهو مبدأ عام بضاهي في عموم مبدأ قيام المانع ، ولا يتفرع عنه . ولذلك يجب ألا نخلط ما بين المبدأين . وقد سبق أن عالجنا مبدأ الاحتيال على القانون وكيف يجيز الإثبات بالينة والقرائن .

**٢٣٣ - الموانع الاضطرارية وما يلحق بها :** وننتقل الآن إلى النطاق الحقيقي لقيام المانع . فهو دائرة العلاقة بين طرفي التصرف القانوني فيما ليس فيه احتيال على القانون ، وذلك بعد أن استبعدنا من هذا النطاق الواقعة المادية فهي ليست بتصرف قانوني ، واستبعدنا الغير الذي يعتبر التصرف القانوني بالنسبة إليه واقعة مادية ، واستبعدنا الاحتيال على القانون وهو يبيع كبداً عام مستقل للإثبات بجميع الطرق . وننظر ، في حدود هذا النطاق الحقيقي ، كيف يحول المانع المادي دون الحصول على الدليل الكتابي . ونواجه أول مانع الوديعة الاضطرارية (dépôt nécessaire) وما يلحق بها . فهنا يقوم مانع مادي يتملص منه الحصول على الكتابة لإثبات التصرف .

(١) بلانيول وريهر وجابريه ٧ فقرة ١٥٣٨ ص ٩٩٨ .

لن فوجيء بخطر الحريق أو التلب أو الاضطرابات أو التهدم أو الفرق أو نحو ذلك ، فبادر إلى إتخاذ مناهة من هذه الاضطرابات بإيداعه عند الغير ، لا يجد من الوقت ولا من الظروف التي أحاطت به متسماً للحصول من المودع عنده على دليل كتابي بالوديعة إذا زادت قيمتها على عشرة جنيهات . وبعبارة أخرى وجد من يستودعه مناهة في هذه الظروف الحرجة . فإذ زال الخطر وأراد استرداد مناهة ، وأنكر المودع عنده الوديعة ، كأن على المودع أن يثبت أولاً قيام المنافع من الحصول على الدليل الكتابي ، أى الخطر الذي كان يهدده . وهذه واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . ثم يجوز له بعد ذلك أن يثبت بالبينة والقرائن عقد الوديعة ذاته .

ولحق بالوديعة الاضطرابية ودية النزيل في الفندق لأمتته . فقد شبه التقنين المدني الفرنسي (١٣٤٨م و١٣٥٢) هذه الوديعة بالوديعة الاضطرابية ، مع حيث قيام المنافع المادية من الحصول على دليل كتابي . أما التقنين المدني المصري فقد سكت عن ذلك ، وترك المسألة للقواعد العامة . وقد نصت المادة ٧٧٧ من التقنين المدني على أن ١ - يكون أصحاب الفنادق والحانات وما مائلها ، فيما يجب عليهم من غاية بحفظ الأشياء التي يأتي بها المسافرين والزلاء ، مسئولين حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان . ٢ - غير أنهم لا يكونون مسئولين ، فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة ، عن تعريض مجاوز خسين جنياً ، ما لم يكونوا قد أدخلوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها ، أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهدة في ذمتهم ، أو يكونوا قد تسببوا في وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم . وظاهر من هذا النص أن مسؤولية صاحب الفندق العقدي ، بمقتضى عقد الوديعة ، تختلف عن مسؤوليته التقديرية . فهو مسئول مسؤولية عقدية ، بمقتضى عقد الوديعة ، عن المحافظة على الأمتة التي يأتي بها النزيل . وإثبات عقد الوديعة في هذه الحالة يكون بجميع الطرق ، بقيام مانع مادي من الحصول على الكتابة . ونلاحظ منذ الآن أن المنافع المادية أخذ هنا بتخفيف من حدة ، فلم يعد مانعاً مادياً يجعل الحصول على الدليل الكتابي متعلاً كما كان الأمر في الوديعة الاضطرابية ، بل هو مانع مادي يجعل الحصول على الدليل الكتابي غير مألوف ويصطرض مع ظروف الإبداع . ويقتدر ما يتخفف للمانع



المادى هنا من حدثه ، بقدر ما يفقد من صيغة المخصوص فيه ، ويقرب من أن يكون مانعاً عاماً لا يختص بحالة دون حالة ، لولا أن وديعة زريل الفندق هي فاتها حالة متخصصة بين الودائع بوجه عام . وهنا أيضاً تنفع الثمرة في قاعدة الدليل الكتابي لتترك مجالاً غير ضيق للإثبات بالبيئة . أما فيما يختص بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة فمسئولية صاحب الفندق العقدي ، بمقتضى عقد الوديعة الذى يثبت بالبيئة والقرائن ، لا تتجاوز خسين جنباً مصرياً . فان تجاوز الضرر هذا المبلغ ، تحولت مسؤولية صاحب الفندق إلى مسئولية تقصيرية ، أو بقيت عقدية على حسب الأحوال . وعلى الزريل أن يثبت أحد أمور ثلاثة : (١) عقد وديعة خاصة ، يتعهد بمقتضاه صاحب الفندق بالمحافظة على النقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة وهو عارف قيمتها . وهذا العقد لا يجوز في إثباته البيئة أو القرائن لأن قيمته تزيد على عشرة جنيهات . (٢) خطأ من صاحب الفندق ، هو أنه رفض دون سوغ أن يتسلم النقود أو الأوراق المالية أو الأشياء الثمينة عهدة في ذمته . وهذا الخطأ واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . (٣) خطأ جسيماً من صاحب الفندق أو من أحد تابعيه ، أي كان هذا الخطأ ، ولكن لا يمكن أن يكون خطأ عادياً بل يجب أن يكون جسيماً . وهذا الخطأ أيضاً واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق<sup>(١)</sup> .

وينص كل من قانون البينات السوري ( م ٥٧ ) والتقنين المدني العراقي (م ٤٩١) صراحة على أنه يعتبر مانعاً مادياً ألا يوجد من يستطيع كتابة السند<sup>(٢)</sup> . وهنا أيضاً يزداد المانع المادى تخففاً من حدثه . فيصبح اللزوم والبيئة دخل في تقديره . ففي البلاد التي لم تنتشر فيها الكتابة انتشاراً كافياً قد يتعذر في بعض الأحوال العثور على شخص يستطيع كتابة السند الذى يراد إعداده كدليل كتابى على التصرف القانونى المقنود . فيقدر القاضى ظروف البيئة في كل مسألة بالذات ، ليرى إذا كان حقاً قد لطر العثور على من يكتب السند ، فيقضى بقيام المانع المادى ويرخص في الإثبات بالبيئة . وطالب الإثبات بالبيئة هو الذى يحمل

(١) أما إيداع الأمانة عند حمل النقل لنقلها من مكان إلى آخر فلا يند وديعة انبطارية ، ويجب إثباتها بالكتابة فيما يزيد على النصاب إلا إذا كان عقد النقل تجارياً فهذه بجميع الطرق (أوبرى دود ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٧١ — بلانيرك وريبير وجابريك ٧ فقرة ١٥٢٦) .

(٢) انظر الأستاذ حسين المازن جز ٢٠ ص ٤٤٩ — ص ٥٥٠ .

عبيه إثبات تملز الطور على من يكتب السند في الظروف التي انقضى فيها التصرف القانوني ، ويستطيع إثبات ذلك بالبيئة والقرائن لأنه إنما ثبت واقعة مادية . ونلاحظ أن المانع المادى هنا هو مانع خاص ذاتي ، لا مانع عام موضوعي . ولا يمتد به إلا في القوانين التي تنص عليه . ففي التقنين المصري ، حيث لا نص ، لا يكون هذا مانعاً يسوغ الإثبات بالبيئة والقرائن .

٢٣٤ - المصحات غير المنظورة برمج عام : وقد أضاف التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٤٨ بند ٣) عبارة عم بها ظروف الودائع الاضطرابية ، فأجاز الإثبات بالبيئة ، وعند زول أحداث غير منظورة لم يكن يستطيع معها كتابة ورقة . ويجب أن تكون النازلة غير منظورة ، وأن تكون جسيمة بحيث تجعل التعاقد على الالتزام أمراً يبلغ حداً من الاستعجال لا يتسع معه الوقت للحصول على سند كتابي . فالقرض الذي يعطى لإسعاف أحد الجنود في جيش يتقهقر منهزماً<sup>(١)</sup> ، وإقراض شخص مالا طرأت الحاجة إليه وهو على وشك السفر ، أو وهو مصاب في حادث لم يكن يتوقعه ، وإيداع السيارة في مكان عام حيث لا يوجد من الحراس عدد كاف لتسلم جميع السيارات المودعة<sup>(٢)</sup> ، وإصابة المودع بشلل فجائي اضطر معه للانتقال إلى المستشفى قبل الحصول على سند كتابي<sup>(٣)</sup> ، وإيداع صندوق بداخله نقود أثناء قيام البوليس بالتفتيش<sup>(٤)</sup> ، كل هذه حالات يجوز فيها الإثبات بالبيئة والقرائن لقيام المانع المادى الذي يحول دون الحصول على سند كتابي . ويقدر القاضي كل حالة على حدها ، ليرى هل هناك مانع مادى ، فالمانع إذن خاص ذاتي ، لا عام موضوعي .

٢٣٥ - ما جرت به العادة : وهنا يتخفف المانع المادى من حدثه إلى عدد قصي ، ويزداد اتساع الثغرة في قاعدة الدليل الكتابي . إذ لا يكون المانع

(١) بلانيول وريبير وجاويله ٧ فقرة ١٥٢٧ .

(٢) بلانيول وريبير وجاويله ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ١٠٠١ .

(٣) دائرة النقض الجنائية ٦ يونيو سنة ١٩٢٨ المحبوسة الرسمية ٢٩ رقم ٩٣ .

(٤) أسبوط الكلية ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحبوسة الرسمية ٢٧ رقم ٢٠ .

المادى راجعاً إلى التصرف أصلاً ، بل إلى مجرد ما جرت به العادة وألفته الناس في التعامل . وفي هذا خرق واسع لمعدته البينة في نطاق الدليل الكتابي . ويزيد في خطورة الأمر أن المانع يبدأ في التحول من مانع ذاتي إلى مانع موضوعي ، لولا بقية من الذاتية هي التي تركت لتقدير القاضى لينظر في كل حالة على حدة هل جرت العادة في مثلها ألا يؤخذ سند كتابي .

وقد جرت العادة ألا يأخذ السيد من خادمه دليلاً كتابياً على ما يمهّد إليه به من مال أو متاع . وجرت عادة أصحاب الفنادق والمطاعم والمقاهى ألا يأخذوا - دليلاً كتابياً على ما يقدمون إلى عملائهم من خدمة ومأكل ومشرب . وجرت عادة التجار ألا يأخذوا دليلاً كتابياً على ما يرسلون إلى المنازل من سلع . وجرت العادة في الأسواق أن تجري للبائعات بالشروط المألوفة دون كتابة ، فإذا خرجت الشروط عن نطاق المألوف دونت في ورقة مكتوبة<sup>(١)</sup> .

ويخلط المانع المادى هنا بالمائع الأدبى الذى ستره في حرف بعض المهن . ومن الفقهاء من يميز بين عادة عامة تجرى بين فريق كبير من الناس بحيث تعتبر قاعدة قانونية مصدرها العرف ، وهذا هو المانع المادى ، وبين عادة خاصة جرى عليها شخصان في التعامل فيما بينهما ، مما يمكن اعتباره دليلاً على وجود صلة متينة بين المتعاملين تمنع من الحصول على سند مكتوب ، وهذا هو المانع الأدبى<sup>(٢)</sup> . وفي رأينا أن المانع المادى والمائع الأدبى يتلاقيان عند العادة ، ويصعب هنا الفصل فيما بينهما فصلاً دقيقاً . فالعادة من حيث إنها تضع قاعدة مألوفة لسلوك المتبع يتعلم منها الحصول على دليل كتابي تكون مانعاً مادياً ، ومن حيث إنها تتغلغل في النفوس إلى حد يحجم معه المتعاملون من طلب دليل كتابي تكون مانعاً أدبياً .

---

(١) المرجع المؤلف فقرة ٦٩٤ — بلانسون وريبير وجابول ٧ فقرة ١٥٤٠ ص ١٠٠٧ — الأستاذ جسين المزم ٢ ص ٥٦٦-٥٧٥ — وفي التبايع بالمواشي في الأسواق والمواشي انظر الأستاذ عبد السلام دحني في الأولة ١ ص ٤٠٨ - ٤٠٩ .  
انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية لمشروع المهيدي في مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٤١٣ .  
(٢) انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٣٦ ص ٤٣٨ .

## ب - المانع الأدبي

### ٢٣٦ - تقرير المانع الأدبي موكل لقاضي الموضوع - انصاع

الثغرة في الدليل الكتابي : وقد يكون المانع أدبياً غير مادي . وتقدير ذلك - كما هو الأمر في المانع المادي - موكل للقاضي . وتقديره موضوعي لا مقب عليه لهكمة النقص<sup>(١)</sup> كما تقدم القول . وبميل القضاء إلى التوسع في الموانع الأدبية ، فتسع بذلك إلى حد بعيد الثغرة في قاعدة الدليل الكتابي . ويساعد على ذلك أن القضاء لا يميل إلى تحديد ما هو المانع الأدبي ، فيترك القاضي حراً في تقدير كل حالة على حدة ، فيحد من صرامة وجوب الحصول على سند مكتوب بعد هبوط قيمة العملة وصعود مستوى الأسعار<sup>(٢)</sup> .

وأكثر ما ترجع الموانع الأدبية - وفقاً لأحكام القضاء - إلى أمور ثلاثة :  
(١) الزوجية والقرابة (٢) علاقة الخدمة (٣) العرف المتبع في بعض المهن .

### ٢٣٧ - الزوجية والقرابة : كثيراً ما تقوم علاقة الزوجية أو القرابة

مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون . فإذا أثبت الخصم هذه العلاقة<sup>(٣)</sup> ، وقرر القاضي ، وفقاً لظروف كل حالة ولا بساتها - ومن ثم يكون المانع الأدبي خاصاً ذاتياً لا عاماً موضوعياً - أنها علاقة كافية لتقوم مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على الدليل الكتابي ، أباح للخصم الإثبات بالبينة والقرائن بدلاً من الكتابة .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مسألة قيام المانع الأدبي من أخذ الكتابة عند لزومها هي مسألة لقاضي الموضوع الفصل فيها (نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ مجموعة ص ١ رقم ٣٠٣ ص ٩٥٤) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت لهكمة ، إذ قررت أنه لا يجوز لأحد المتنازعين إثبات صورية العقد الثابتة كتابة إلا بالكتابة ، قد استخلصت في حدود سلطاتها الموضوعية بالأدلة الساتئة التي أوردتها انتفاء المانع الأدبي ، فإن الذي قرره هو صحيح في القانون (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤) .

(٢) بلانيول وريبير وجايلود ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ٩٩٨ حاشي رقم ٧ .

(٣) وثبتت وفقاً لقواعد الخاصة : الزوجية بهذه الزواج والقرابة بشهادة الميلاد ولكن الخالب أن هذه العلاقة يكون سترافاً بها ، قضت بالإقرار .

فملاحة الزوجية قد تحول - وفقاً لظروف كل حالة - دون الحصول على دليل كتابي لإثبات قرض ما بين الزوجين ، أو لإثبات الوفاء بالدين ، أو لإثبات أي تصرف قانوني آخر<sup>(١)</sup> . وكمللة الزوجية علاقة المصاهرة ، وقضت محكمة استئناف مصر بأن الموانع الأدبية التي تسمح بالإثبات باليعة والقرائن تخضع لظروف الدعوى أيضاً لا لشدة القرابة وحدها ، فإذا زوجت سيدة ابن خالتها من ابنتها بغير مهر ، وجهزت هي ابنتها ، وأقامت الإبنة وزوجها عندها ليسرها ، هذه الظروف كلها تمنع الزوج أدبياً منعاً قوياً من مطالبة أم زوجته بكتابة إذا أودعها مالا ما أثناء أقامت وزوجته عندها<sup>(٢)</sup> . وعلاقة الخطبة وحدها قد تكفي . بعض الأحوال لقيام المانع الأدبي - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العرف جرى بين المصريين ، وخصوصاً المسلمين منهم ، على أنه يعد الاتفاق على الخطبة ودفع المهر وقبل إتمام الزفاف ، يشترى الجهاز ، فإذا سلم الخطاب ، ولم يتم الزواج ، وطولب به جاز لإثبات الدعوى باليعة ، إذ يوجد في هذه الظروف مانع أدبي يحول دون الحصول على سند كتابي من الخطاب<sup>(٣)</sup> .

والعلاقة ما بين الولد وأبويه كثيراً ما تحول دون الحصول على الدليل الكتابي ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مسألة اعتبار الزوجية مانعة أو غير مانعة من الحصول على دليل كتابي بين الزوجين هي مسألة موضوعية ، لمحة الموضوع وحدها السلطة في تقديرها (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ١٠٧) - وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن رابطة الزوجية حائق أدبي (استئناف أهل ١١ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية رقم ٩٩) .

(٢) استئناف مصر ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٦ الهامة ٢٢ رقم ١٢٧ ص ٣٧١ - ولكنها قضت في دعوى أخرى بأن كون الخصم زوجة م خصمها وكانت تعتبرها كأنها الوحيدة وتقيم معه في داره لا يمكن في قيام المانع الأدبي (استئناف مصر ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ الهامة ٣ رقم ٧١ ص ١٢٦) .

(٣) استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١١٥ - الهامة ٧ رقم ١٠ ص ١٧ - انظر أيضاً : استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ الهامة ٥ رقم ٩٢١ ص ٧٥٧ - ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٣٣ ص ٥٣ . ولكن محكمة استئناف مصر قضت كذلك بأن مجرد خطبة أحد المتقاضين لابنة الآخر ليست بالملاحة التي تمنع من حصول كل منهما على الدليل الكتابي قبل الآخر (استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ الهامة ٢٠ رقم ١١٤ ص ٣٠٦) .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن صلة الأبوة هي من الموانع الأدبية (١). وكذلك علاقة الأخوة ، وقد قضت محكمة النقض بأنه مما لا نزاع فيه أن المانع كما يكون مادياً يجوز أن يكون أدبياً ، والتقدير في ذلك على كل حال لمحكمة الموضوع ، فإذا رأت في قضية ما ، لعلاقة الأخوة بين الطرفين ، ولا اعتبارات شتى أوردتها في حكمها ، توفر هذا المانع الأدبي المسوغ للإثبات بالبيئة ، فلا معقب على ما رآه في هذا الشأن (٢). كذلك صلة القرابة بين النهم وعائلته تعتبر مانعاً أدبياً من الحصول على الكتابة (٣). ودرجة القرابة التي تربط النهم بعمته ، وقد سلمته سنداً مثبتاً لدين لها على ابنها ، تعتبر مانعاً أدبياً ، لأن الإبداع يدل في ذاته على أن النهم عند عتمته منزلة خاصة . فتكليفها بأخذ إيصال عليه بهذا الإبداع تكليف يتنافر مع هذا الاثنان (٤). وسواء كانت القرابة قريبة أو بعيدة ، فمحكمة الموضوع هي التي تقدر ، في كل حالة بالذات ، متى تعتبر هذه القرابة مانعاً أدبياً . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حال الصلات العائلية في ذاتها من حيث تعيين درجة القرابة بالدقة ليست هي التي يترتب عليها بطريقة مطردة المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على كتابة مثبتة للدين أو للتخالص منه ، بل قد يوجد ذلك المانع ولو كانت القرابة بعيدة في الظاهر ، تبعاً لطبيعة الصلات العادية بين المخصوم من جهة وإخلاص (٥). وقضت محكمة النقض بأن اعتبار صلة القرابة بين أطراف الخصومة من الموانع الأدبية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي هو من الأمور الواقعية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض (٦).

- 
- (١) استئناف مصر ٧ يولية سنة ١٩٢٣ الهامة ٤ رقم ٩٤ ص ١٩٧ . انظر أيضاً : ملوى ٢٩ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٣٢ .  
(٢) نقض جنائي ٣ يولية سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٩١ ص ١٣٧ . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن علاقة البنة والأخوة يجوز معها أن يثبت بالبيئة أن بعض المخصوم إذن لبعض في إجراء مقصد بدل مع آخرين ( استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ الهامة ٢٠ رقم ٤١ ص ٩٢ ) .  
(٣) نقض جنائي ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٠٨ .  
(٤) طعناً الابتدائية أول ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٩٨ .  
(٥) استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٧٦ .  
(٦) نقض ملوى ١١ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٧ ص ٢٤٠ =

وقد تقوم صلات أخرى - غير صلات الزوجية والقربى - تكون مانعاً أحياناً من الحصول على السكنية . من ذلك صلة الجوار<sup>(١)</sup> ، وصلة الوكالة غير المأجورة<sup>(٢)</sup> . بل إن مجرد العادة<sup>(٣)</sup> ، أو مركز الشخص الاجتماعي<sup>(٤)</sup> ، قد يكون مانعاً أحياناً يحول دون الحصول على سند مكتوب .

هذا وقد اختلعت بعض التقنيات العربية أن تحدد متى تعتبر صلة القرابة والزوجية مانعاً أدبياً ، فحولت بذلك هذه الصلة من مانع خاص ذاتي إلى مانع عام موضوعي . من ذلك أن نص قانون الينيات السوري (م ٥٧) على أنه : تعتبر مانعاً أدبياً القرابة ما بين الزوجين ، أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الثالثة ، أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر .

== أنظر أيضاً : نقش مدني ٣ يناير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٩ ص ٥٣٦ - اول يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٤ ص ٣٩٦ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اعتدت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي الذي قرر بأن المبلغ المسلم المدعي عليه هو أمانة اغتصبها ، وأن سكوت المدعية عن المدعي عليه وعدم إدراجها المبلغ بمحضر حصر التركة عند المحضر عن المهر أو وفاته هو لأسباب يبررت بها هذا السكوت ، وأنها أسباب تجوز على مثل المدعية لمساكتها ولسلطة قرايبها بالمدعي عليه الذي كان تهما على مورثها ، فنزلت المحكمة الابتدائية هذا الذي اعتدته محكمة الاستئناف بأنه أنه كانت هناك أسباب شخصية وأدبية مانعة قديمة من أخذ كتابة عليه باستلام المبلغ ومن أدرأجها لياه في محضر المبرد الذين حصل أحدهما بعد المهر وثانيهما بعد الفلانة . وسألت تمام المانع الأدبي من أخذ السكنية عند تزومها هي مسألة لغافي الموضوع للقول الفصل فيها (نقش مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٢ ص ٩٥٤ وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) .

(١) وقد قضت محكمة أسوط الجزئية بأن العادات المبنية على كرم الطبع ، كإعارة الأواني والحل بين الجيران وإعارة المواشي وآلات الزراعة والحداب في القرى ، موانع أدبية (١٦ فبراير سنة ١٩٢٤ الحاماة ٤ رقم ٧١٩ ص ٩٤١) .  
(٢) وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأنه إذا بعد الركيل بلا أجر أشياء سلمها إليه الموكل ، وكانت قيمتها تزيد من عشرة جنهات ، جاز الركيل أن يثبت تسليمها إليه باليمين ، لأن عبادة الروكالة قد تكون مانعاً أحياناً يحول دون الحصول على دليل كتابي (نقش جنائي ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٥) .

(٣) وقد قضت محكمة للتصويرة بأن الاتحاد على توريده أشياء منزلية يعتبر مانعاً أدبياً (١٨ يناير سنة ١٩٢٥ الحاماة ٥ رقم ٦٢١ ص ٧٥٧) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المظتعة بأن مركز الشخص الاجتماعي قد يكون مانعاً أدبياً لحل صنع أثاث منزلي من الحصول على سند مكتوب (استئناف مخطط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ ص ٣٦٢) .

ونص أيضاً فقهاء أصول المحاكمات المدنية اللبناني (م ٢٤٢) على أنه ويمكن مجرد الاستحالة المعنوية ، وهي تنشأ خصوصاً عن العرف المتبع في بعض المدن ، أو علاقات القرى ما بين الأصول والفرع أو عن الروابط الزوجية .  
ونص أخيراً الفقهاء المدني العراقي (م ٤٩١) على جواز الإثبات بالشهادة فيما كان يجب إثباته بالكتابة وإذا كان العقد مبرماً ما بين الزوجين ، أو ما بين الأصول والفرع ، أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الرابعة ، أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر<sup>(١)</sup> .

٢٢٨ - **عقود القرض** : والعلاقة ما بين المضمون والخادم قد لا تسمح ، تبعاً للظروف ، بالحصول على الدليل الكتابي . فخدمة المنازل لا يستطيعون عادة تقديم دليل كتابي على مقدار أجورهم وشروط خدمتهم<sup>(٢)</sup> ، ولا على ما قدموه لحساب المخدم من مبالغ صرفوها في الشؤون المنزلية<sup>(٣)</sup> . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن صلة الخادم بسيدته وطول خدمته عنده يستبر من الموانع **الكفية**<sup>(٤)</sup> .

وكذلك العلاقة ما بين رب العمل والعميل قد لا تسمح في بعض الأحيان ، كما للظروف ، بأن يكون هناك دليل كتابي . مثل تلك العلاقة ما بين صاحب المصنع وعماله<sup>(٥)</sup> ، والعلاقة ما بين رب العمل وكتابه<sup>(٦)</sup> ، والعلاقة ما بين والد الطبيب والمعلم<sup>(٧)</sup> ، والعلاقة ما بين خادم القنصل ومخدومه<sup>(٨)</sup> .

(١) انظر في هذه المسألة الأستاذ حسين المؤمن في الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٥٥٥ وما بعدها .

(٢) نقض فرنس ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ سيبريه ١٩٣٨ - ١ - ١١٥ ، ولذا ثبت مقدار أجر الخادم ، ولهذا أن يطالب بمجموع أجوره منذ دخوله في خدمة سيده ، ولقد أن يثبت جميع الطرق أنه وفي له هذه الأجور (بلانيرول وريبير وجابورل ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ١٠٠٠) .

(٣) محكمة باريس الاستئنافية ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ دالورز ١٩٢٥ - ٦٢ .

(٤) استئناف مصر ١٥ فبراير سنة ١٩٢٨ الخاضعة ٩ رقم ٢٧ ص ٤٨ .

(٥) نقض فرنس ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ دالورز ١٩٣٨ - ١ - ١١٥ .

(٦) محكمة كان الفرنسية ٢٣ مارس ١٩١٤ مجلة القانون المدني الفصلية ١٩١٥ ص ٥١٤ .

(٧) نقض فرنس ٢٦ يولييه سنة ١٩٢٩ دالورز الأسبوعي ١٩٢٩ ص ٤٦٠ .

(٨) نقض فرنس ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ جازيت دي باليه أول فبراير سنة ١٩٣٢ .



٢٣٩ - عرف بعض المراجع : وتقتضى الظروف في بعض المدن ألا يكون هناك دليل كتابي على التعامل . ويتحقق ذلك بنوع خاص في مهنة الطب ، فان الطبيب في أكثر الظروف لا يحصل على دليل كتابي من المريض بما اتفق عليه من أجر العلاج . بل قد لا يثقان أصلاً على الأجر ، ويطلب الطبيب أجره بعد ذلك وفقاً للمرف الجارى ، دون أن يطلب منه تقديم دليل كتابي فيما يزيد على عشرة جنيهات (١) .

وحالتك الملابس لا تأخذ عادة ورقة مكتوبة من عميله ، فيجوز له إثبات حقه في ذمة السبل بالهيئة والقرائن ، حتى لو زادت القيمة على عشرة جنيهات . وله أن يسمي في ذلك بدلاته التجارية وفقاً لقواعد الإثبات الخاصة بهذه الدفاتر (٢) .

وقد أشرنا فيما تقدمناه كيف يلتقي المانع للمادى والمانع الأدبي فيما يقتضى به العرف في كثير من الأحوال من جواز الإثبات بالهيئة وبالقرائن .

## ٥ - دليل المانع من تقديم الكتابة لتقدها بسبب أجنبي

٣٤٠ - نظري تقيس الخاصة : وليث ، فيما تقدمناه : فيما مانع بعض

أو أدبي يجوز دون الحصول على دليل كتابي ، فبطل الإثبات بالهيئة والقرائن زولا عند حكم الضرورة . أما هنا ، فقد حصل النائن على الدليل الكتابي الذي يقتضى به القانون ، ولكنه بعد حصوله على هذا الدليل قدده لسبب أجنبي لا يد له فيه . فكان الضرورة في هذه الحالة أكثر وضوحاً ، لأن الدليل الكتابي قد وجد فعلاً ولكنه ضاع بفعل تقصير من النائن . لذلك يجوز مثله أن تحل

(١) استكشف غطط ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٢٦ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٩٩ - تقضى فرنسا ١٣ أبريل سنة ١٩١٠ م ١٩١١ - ١ - ٥٠١ - ٢١ مايو سنة ١٩٣٢ م ١٩٣٢ - ١ - ١٣٤ - بل إن الطبيب ليس في حاجة إلى كتابة مذكرات متصلة (cartes de visites régulièrement tenues) بزيارته لمرسده (محكمة باريس الاستئنافية - مارس سنة ١٩٠٢ م ١٩٠٤ - ٢ - ٢٢) .

(٢) استكشف غطط ٢ يناير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ١٢٨ . (٢٠ - القريب - ٢٤)

البينة والقرائن على تحليل الكتاب لإثبات :

(١) ما تريد قيمته على عشرة جنهات .

(٢) ما يختلف الكتابة أو يجلوزها .

(٣) أي عقد يفترط القانون أن يكون إثباته بالكتابة ولو لم يجاوز قيمته عشرة جنهات كالصالح والكفالة .

(٤) أي عقد شكل ، كتابة والقرائن الرسمي ، على التفصيل الذي سنورده فيما يلي . وفي هذا تختلف هذه القواعد عن القواعد السابقة ، فقد رأينا أن قيام اللاتع لا يميز إثبات العقد بشكل البينة والقرائن<sup>(١)</sup> .

٢٤١ - أمور ثلاثة يجب إثباتها : ومن يذم أنه حصل على سند

مكتوب ثم قلده بسبب أجنبي ، عليه أن يثبت أموراً ثلاثة :

(١) أنه كان قد حصل فعلاً على سند مكتوب . ويجوز أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، لأنه إنما يثبت واقعة مادية<sup>(٢)</sup> .

(١) ويجب أن يثبت المدعي أن السند المكتوب ، الذي كان موجوداً ثم قلده بسبب أجنبي ، هو سند كتابي كامل ، لا مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة . فإذا كان مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة ، فلا يسمع للمدعي أن يثبت سبق وجوده بالبينة أو بالقرائن . لكن إذا أقر الخصم سبق وجوده كان لقاضي حرية التمييز بصرف ما إذا كان السند المفقود توافر فيه أركان مبدأ الثبوت بالكتابة حتى يمكن تميزه بالبينة أو بالقرائن ( الموجز للولف ص ٧٢٤ ) .

(٢) وليس من الضروري أن تكون الشهادة رأيت السند المكتوب وقرأته . ولكن لا يمكن من جهة أخرى أن قلده الشهود بقيام التصرف القانوني للمدعي به ، بل يجب أن قلده سبق وجوده سند مكتوب مسجوع يثبت هذا التصرف ( أوبري ودر ١٢ فقرة ٧٦٥ هامش رقم ٢٥ ) . وقد جدد في المذكرة الإيضاحية المقترح التمييز في هذا الصدد ما يأتي : « أما فيما يتعلق بالتحليل على القصة فيقع منه إقناعه على المدعي مبدئياً . فن واجب ، فضلاً عن إثبات الحداث الجبري أو القوة القاهرة ، أن يقيم التحليل على سبق وجود المهر وشهوده وعلى مراعاة شروط القصة التي يطلب القانون توافرها فيه إن كان هذا المهر من قبيل المهرات الشكلية . فإذا تم ذلك للمدعي ، كان له أن يثبت ما يذم بالبينة » ( مجموعة الأعمال الصحفية ص ٤١٤ ) . ويطلب من المدعي ، كما قلنا ، أن يثبت بجميع الطرق سبق وجوده سند مكتوب ، وأن هذا السند كان مسجوعاً بجميع الشروط القانونية ، وأنه كان يصل توقيع الخصم . فطرافت الخصم سبق وجوده السند ، ولكنه أنكر توقيعه عليه ، سمح للمدعي أن يثبت صحة التوقيع بجميع الطرق ( الموجز للولف ص ٧٢٤ ) — ويجب أن يكون السند المفقود دليلاً كتابياً كاملاً . فإذا كان مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة ، فلا يجوز إثبات قلده بالبينة أو بالقرائن ، ولكن يجوز إثبات ذلك بالإقرار أو البينة كما مر القول ( انظر الأستاذ عبد المصم فرج القصة فقرة ٢١٥ ) .

(٢) وأن هذا السند قد . وهذه أيضاً واقعة ماجة يجوز إثباتها بالينة وبالقرائن<sup>(١)</sup> .

(٣) وأن فقد السند كان بسبب أجنبي لا يدل له فيه ، كسرقة أو حريق أو نحو ذلك من الحوادث التي لم يكن يتوقعها<sup>(٢)</sup> . وهذه أيضاً واقعة مادية يجوز له إثباتها بالينة والقرائن<sup>(٣)</sup> . وبلاحظ هنا أمران ( أولهما ) أن السبب الأجنبي لا يشتد فيه التشدد الذي رأيناه في المسئولية ، فيمكن أن يثبت صاحب السند أنه لم يقصر في المحافظة عليه حتى يعتبر أنه فقد السند بسبب أجنبي<sup>(٤)</sup> . و ( الثاني ) أن إثبات السبب الأجنبي قد يتضمن في الوقت ذاته إثبات فقد السند . فإذا ثبت

(١) وإذا ادعى المدعي أن السند كان مودعاً عند شخص آخر ، وجب عليه إثبات القردة ، إذا كانت قيمة السند تزيد على عشرة جنيهات ، بدليل كتابي ( الموجز لقولف ص ٧٢٤ ) - أنظر أيضاً : القرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٨٢ - ص ٣٨٤ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كان القانون لم يشر في المادة ٢١٨ مدني ( ٤٠٣ جديد ) إلا إلى ساقه ضياع السند بسبب تهري كسور حريق أو إنتلاف ، إلا أنه لما يجب أن يعتبر في حكم السبب القهري حصول سرقة السند أو تهيده ( استئناف مصر ٢١ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٣ ص ٥٥٦ ) . وقد يكون السند المكتوب قد ضاع من ملف القضية المرفوعة بهذا السند ، دون أن يكون ذلك بتقصير من صاحبه ( محكمة باريس ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٨ والقول الأسبوعي ١٩٣٩ ص ١١ ) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة قد التفتت من التحقيقات الحاصلة من الحادث ، وعلى الأخص ما أدلى به المدعي عليه نفسه فيها ، أن السند كان موجوداً وسرق ، وأن ذمة المدعي عليه ما زالت مشغولة بالدين ، فذلك من شأنها وحدها . ولا يصح أن ينسب عليها أن تأخذ فيما انتهت إليه بدليل بيته ، إذ الإثبات في هذه الحالة يجوز بجميع الطرق ( نقض مدني ١٨ يونيو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٦ ص ٤٨٥ ) . وقضت أيضاً بأنه إذا رفضت المحكمة طلب الإحالة على التحقيق لإثبات وجود سند كتاب ضاع بسبب تهري ، فقيمة فصلها بذلك على عدم جدية هذا الادعاء لما أوردته من أسباب مجرة لوجهة نظرها ، فلا مخالفة في ذلك لحكم المادة ٢١٨ من القانون المدني ( ٤٠٣ جديد ) ( نقض مدني ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠ ) .

انظر أيضاً : نيج حادي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٣٤ - ملوي ٩ يونيو سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ١١٦ .

(١) وقد جاء في الموجز لقولف ما يلي : « ويمكن في وجود القوة القاهرة ألا يكون الحادث الذي ضاع فيه السند منسوباً إلى إهمال المدعي ، ولو كان هذا الحادث قد وقع بإهمال الغير ، لا قصد وقراً . أما إذا ضاع السند بإهمال المدعي ، بأن كان قد مزقه خطأ أو أهمل في حفظه حتى ضاع أو سرق أو نحو ذلك ما يعتبر منسوباً إليه ، فلا يكون في هذه الحالة مطعوماً ، ولا يصح له أن يثبت دعواه بالينة أو بالقرائن ( الموجز فقرة ٦٩٧ ص ٧٢٥ ) . انظر أيضاً : -

شخص مثلا أن حريقاً لا يده فيه التهم منزله ، ولم يستطع انتشال أوراثة ومستنداته فاحترقت جميعها ، كان في هذا إثبات للسبب الأجنبي وإثبات فقد السند المكتوب ما دام قد أثبت أن أوراثة قد احترقت جميعها<sup>(١)</sup>.

لذا استطاع لتطعيم إثبات هذه الأمور الثلاثة - وكلها يمكن إثباتها بجميع الطرق لأنها وقائع مادية كما رأينا - كان له بعد ذلك أن يثبت الحق الذي يدعيه بالينة والقرائن ، حتى لو زادت قيمته على عشرة جنيهات ، وحتى لو خالف بهذا الإثبات أو جاوز ما هو ثابت بالكتابة<sup>(٢)</sup>.

٢٤٢ - التوسع في الفاعلة والتفصيل فيها : وقاعدة فقد السند بسبب أجنبي يوسع فيها تارة ، ويضيق فيها تارة أخرى .

يوسع فيها ، فيجوز إثبات تصرف قانوني شكلي ، هبة أو رهن رسمي مثلا ، بالينة والقرائن إذا ثبت أن هذا التصرف كان في سند ثم فقد السند بسبب أجنبي . ولكن يجب هنا ، عند إثبات سبق وجود السند ، أن يثبت صاحب الشأن أيضاً أن هذا السند كان مسعراً للشكل الذي يتطلبه القانون<sup>(٣)</sup> . وتختلف هذه القاعدة ،

= استئناف مخطط ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٢٠٧ - والمذكورة الإيضاحية لم شروع التمهيد في مجموعة الأعمال المصغرة ٢ ص ٤١٣ - ص ٤١٤ .

(١) استئناف مخطط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢١٤ - بلايول وديير وجاهول ٧ لقرة ١٥٤١ ص ١٠٠٣ وحامس رقم ١ .

(٢) استئناف مخطط ٢٩ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٩٩ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٤٣ - ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٧١ - ٢٤ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٥١ - ١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٥ .

(٣) ويرى أن قسمة كل أسبق الشكل الذي يتطلبه القانون إذا كان المدين هو الذي أنقذه ( أبري دور ١٢ لقرة ٧٦٥ ص ٣٨٤ - ص ٣٨٥ ) - هذا والسند في حالة التصرف للشكل لا بد أن يكون مسعراً رسمياً . فلذا فقد ، فإن السند الرسمية قد تقدم مقدمه ، أو تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على التصرف الذي لتساء منه الكلام في حجية السند الرسمية قسمة الرسمي ، وفي هذه الحالة لا تكون في حاجة إلى القاعدة التي نحن بصددنا ، فإن قبول البينة والقرائن جائز بدونها . أما إذا لم توجد صور رسمية أصلاً ، أو رجعت ولكنها لا تصلح أن تكون على الأقل مبدأ ثبوت بالكتابة ، فلهذا يكون للتصميم قاعدة من التمسك بقاعدة فقد السند المكتوب بسبب أجنبي ليستمكن من إثبات التصرف بالينة والقرائن ( انظر في هذه المسألة الأساطيل سليمان مرقس في أسسول الإثبات لقرة ٢٢٢ ص ٤٢٧ حامس رقم ٢ - ولقرة ٢٤١ ) .

كما قلنا ، عن قاعدة قيام المانع وقاعدة مبدأ الثبوت بالكتابة في هذا الصدد .  
فقد رأينا أن العقد الشكل لا يجوز إثباته بالينة والقرائن ، حتى عند قيام مانع  
حال دون الحصول على الكتابة ، وحتى مع وجود مبدأ ثبوت بالكتابة .  
أما هنا - عند فقد السند بسبب أجنبي - فيجوز إثبات العقد الشكل بالينة  
والقرائن ، لأن السند مفرغاً في الشكل الذي يتطلبه القانون قد وجد فعلاً ،  
فاستكمل التصرف أركانه وقام صحيحاً ، ثم فقد السند بعد ذلك بسبب أجنبي  
ليس من شأنه أن يؤثر في قيام التصرف . ومتى كانت الدعوى أن التصرف  
القانوني قد وجد فعلاً مستوفياً لشكله القانوني ، فلا يوجد ما يمنع حينئذ  
من إثبات سبق هذا الوجود بالينة والقرائن<sup>(١)</sup> .

ومضيق في القاعدة من ناحية أخرى . فقد قضت محكمة النقض الفرنسية  
بأنه يجوز الاتفاق على عكسها ، مثلها في ذلك مثل سائر قواعد الإثبات ، وأنه  
إذا اشترط رب العمل أن العامل لا يجوز له أن ينضم إلى صندوق الماش إلا إذا  
أثبت أنه قضى مدة معينة في خدمة رب العمل ، وأن هذا الإثبات لا يجوز  
أن يكون إلا من واقع دفتر العامل (livret de l'ouvrier) ، أو بمستخرج  
من سجلات رب العمل (extrait des livres du patron) ، فلا يسمح للعامل  
أن يثبت أنه قضى المدة المعينة في الخدمة بطريق آخر غير هذين الطريقين ، حتى  
لو كان رب العمل لم يحفظ بسجلاته وكان العامل قد فقد دفتره<sup>(٢)</sup> .

---

(١) انظر بلانويول وديبير وجابوله ٧ فقرة ١٥٤١ ص ١٠٠١ - وانظر أيضاً المذكرة  
الإيضاحية المشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٤ .

(٢) نقض فرنسي ٣٠ يولية سنة ١٨٨٤ دالوز ١-٨٥-٤٣٩-سبريه ١-٨٥-٣٧٤ .  
بلانويول وديبير وجابوله ٧ فقرة ١٥٤٢ - ويتنحفظ بلانويول في التسليم بصحة هذا الحكم  
(أوبري دور ١٢ فقرة ٧٦٥ ماش دقم ٣٣ سكر) .

وقد قضت محكمة النقض البلجيكية ، هي أيضاً ، بأن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ،  
وأنه يجوز الاتفاق على ما يخالف قاعدة فقد السند المكتوب بسبب أجنبي ، كما لا يجوز التمسك  
بجده لقاعدة وفي غيرها من قواعد الإثبات لأول مرة أمام محكمة النقض ( ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤  
باسكريني ١-١١٤٥-٧٦-٣٠ بتاريخ سنة ١٩٤٧ باسكريني ١-١٩٤٧-١-٢٩) .

# الباب الثالث

## الطرق للحجة من الإثبات

### الإقرار واليمين والقرائن القانونية

٢٤٣ - قوة مطلقة - حجية قاصرة وحجية متعديّة : قلنا (١) أن الإقرار واليمين والقرائن القانونية تصلح للإحفاء من إثبات أية واقعة مدعية أو أي تصرف قانوني مهما بلغت قيمته . فهي من هذه الناحية كالكتابة قوتها مطلقة .

وقلنا أيضاً (٢) أن الإحفاء من الإثبات في الإقرار وفي اليمين مقصور على الخصمين ، فحجية الإقرار واليمين غير متعلبة إلى الغير ، ومن ثم تكون حجية قاصرة . أما حجية القرائن القانونية فغير مقصورة على الخصمين ، فهي حجية متعلبة .

ونعالج هذه الطرق الثلاثة - الإقرار واليمين والقرائن القانونية - معاً في فصول ثلاثة .

---

(١) انظر أيضاً بقدره ٦٥ .

(٢) انظر أيضاً بقدره ٦٦ .

## الفصل الأول

### الإقرار

٢٤٤ - نصريخ الإقرار بوجه عام : الإقرار هو اعتراف شخص  
بحق عليه لآخر ، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد<sup>(١)</sup> .

فلا يكون إقراراً إنشاء للشخص الحق في ذمته بصرف قانوني أو بواقعة  
قانونية ، كالشترى يلتزم بدفع الثمن وكن يرتكب عملاً غير مشروع يلتزم  
بالعويض ، فذلك أن إنشاء الحق غير الاعتراف به . ولما كان إنشاء الحق بصرف  
قانوني يحتاج في إثباته إلى ورقة مكتوبة إذا كانت قيمة هذا الحق تزيد على  
عشرة جنيهات ، فهذه الورقة تكون دليل إثبات لا إقراراً ، لأنها أحدثت  
من مبدأ الأمر تثبت التصرف القانوني ، وتكون في الغالب معاصرة لنشوءه  
أو بعد ذلك بوقت قليل . أما إذا كتب المدين إقراراً على نفسه ببلات الحق ،  
فانه لا ينشئ بذلك حقاً في ذمته ، ولكنه يقر بوجود هذا الحق بعد أن نشأ<sup>(٢)</sup> .  
ويكتب المقر لإقراره عادة بعد نشوء الحق الذي يقر به بوقت غير قصير ، ملحوظاً  
إلى ذلك باعتبارات متنوعة . فقد يكتب الإقرار بعد نزاع ينتهي في تسويته  
إلى هذا الإقرار ، وقد يكتبه بعد تصفية حساب قديم ، وقد يكتبه حتى يمكن  
صاحب الحق من وروثه أن يتقاضى حقه قبل قسمة التركة ، وقد يكتبه عندما يحس  
أن منيته قد دنت ليرثك لصاحب الحق إقراراً بحقه فهيرى ذمته سواء كتب  
الإقرار في مرض الموت أو قبل ذلك . أما إذا كان السند المكتوب للحق قد ضاع  
أو قدم عليه العهد ، فكتب المدين سنداً مؤيداً للسند الأصلي ، فهنا ليس إقراراً  
بل هو السند المؤيد الذي بسطنا أحكامه فيما تقدم . فالورقة المكتوبة إذن قد  
تكون سنداً أصلياً ، أو سنداً مؤيداً للسند الأصلي ، أو إقراراً مكتوباً بالبيع .

(١) انظر المذكرة الإضافية لمشروع التمهيد في ميسرة الأعمال المدنية ٢  
ص ٤٢١ - ص ٤٢٢ .

(٢) انظر بلايول وريج وجانك ٧ ققرة ١٠٦٢ - ص ٢ من ١٠٢٥ -  
ص ١٠٢٨ - وانظر : استئناف غنط ١٤ يناير ١٩٢٠ م ٢٢ ص ١٨٦ .

ولا يكون إقراراً ما يسلم به الخصم اضطراراً على سبيل الاحتياط من طلبات خصمه . فإذا قرر في مذكرة قدمها استيفاده للدفع مبلغ من القود أقل من المبلغ اللصبي به بعد أن أنكر وجود الحق في ذمة أصلاً ، ولكنه يعرض هذا المبلغ على خصمه حتماً للنزاع واحتياطاً لما عسى أن تتجه إليه المحكمة من إجابة الخصم إلى بعض طلباته ، فإن هذا لا يكون إقراراً ، لأنه ليس اعترافاً خالصاً بوجود هذا المبلغ في ذمته ، بل هو تسليم جليل ببعض اللصبي به لحسم النزاع . فهو أقرب إلى أن يكون مشروح صلح يعرضه على الخصم ، حتى إذا قبله هذا الخصم النزاع بينهما<sup>(١)</sup> .

ولا يكون إقراراً شهادة الشاهد على المدعى بوجود الدين في ذمته ، فإن الشاهد يقر بوجود الحق لاني ذمته هو بل في ذمة شخص آخر<sup>(٢)</sup> .

ولا يكون إقراراً إبداء الخصم رأيه في الحكم القانوني الذي ينطبق على النزاع ، كأن يقرر أن قانوناً أجنبياً معيّن هو الواجب التطبيق . فهو هنا لا يقر بحق ، ولكنه يسلط رأيه في حكم قانوني ، والمحكمة أن تأخذ برأيه أو لا تأخذ<sup>(٣)</sup> .

وقد يقع الإقرار على الحق في ذاته ، فيعترف المدعى أن في ذمته لأخر مبلغاً معيناً من المال . أو يقع على المصدر الذي أنشأ هذا الحق ، كأن يعترف بوجود عقد قرض أقرمه بهذا المبلغ من المال . بل قد يقع الإقرار على ادعاء (allegation) أي كان ، فيعترف المشتري مثلاً بما يدعيه عليه دائن البائع من أنه يعرف إحصار البائع في الدعوى البواسبية التي يرفضها الدائن على كل من البائع والمشتري .

(١) أوبري ودو ١٢ ص ١٠٨ .

(٢) أوبري ودو ١٢ ص ١٠٧ — ١٠٨ .

(٣) وقد نشت شككة التفتش بأنه لكي ينعج الإقرار أثره القانوني يجب أن يكون مصفاً برهانة لا بالتطبيق القانوني ، لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم ، وإذن فإن إقرار المظنون عليها بالنطاق المادة ٣٧ من القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٢٦ على التسمية مرفوض للنزاع لا يفيده المحكمة بغيره (نقش مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ بصيغة أحكام النقض ٥ رقم ٥ ص ٦٢) — وانظر أيضاً أوبري ودو ١٢ ص ١٠٨ وحاشي رقم ٤ — بلايوك ودويو وجايرك ٧ بقرة ١٥٦١ ص ١٠٤٨ — برونزي وهورد ٤ بقرة ٢٧٠١ ص ٣٧٦ — بيلان ورو ٩ بقرة ١٢٠٩ .



ولذلك يكون من الأدق تعريف الإقرار بأنه اعتراف شخص بإدعاء يوجه إليه شخص آخر<sup>(١)</sup>.

ولكن لا يكون هناك إقرار إذا كانت الواقعة المسلم بها ليست محل ادعاء من جانب الخصم ولا محل إنكار من جانب المقر. فإذا بلغ رب العمل عن وقوع حادث لأحد عماله وفقاً لأحكام قانون إصابات العمل، فلا يعد هذا إقراراً من جانب رب العمل بمسئوليته عن هذا الحادث<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان يظن في الإقرار أن يقصد المقر أن يؤخذ باقراره وأن ترتب في ذمته نتائج قانونية، إلا أن وجود هذا القصد عنده لا يشترط لقيام الإقرار. فقد يصدر الإقرار من شخص لمجرد تقرير الواقع دون أن يقصد، وحتى دون أن يعرف، النتائج القانونية التي ترتب على هذا الإقرار. بل إن نية الإقرار ذاتها لا تشترط، فقد يقر الشخص بوقائع لم يكن معترفاً بها وهو في صدد الدفاع عن حقه، أو وهو في صدد استجواب المحكمة أو الخصم له، دون أن يشعر أنه قد أدلى بأمر الإقرار. والمهم أن يكون الإقرار قد صدر عن اختيار لا عن إجبار<sup>(٣)</sup>.

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤.

(٢) نفس فرنسي ٢٣ يولية سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣-١-٢٧٤ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ - ولا يعد إقراراً بالمسئولية ما يقوم به رب العمل من إسعاف العامل بدافع الشفقة والإحسان (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ حاشي رقم ٣).

(٣) نفس مدق ١٩ مايو سنة ١٩٢٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ١٠٧ - نفس فرنسي ١٥ أبريل سنة ١٨٩٩ دالوز ٩٩-١-٥٢١ - ١٢ يولية سنة ١٨٩٩ سيرة ١٩٠٠-١٣٦-١ - بلارتان على أوربي ورو ١٢ ص ١٠٧ - دي باج ٣ ص ١٠٢٨ - ١٠٣٢ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ - ص ١٠٣٥ - بلان ورو ٩ فقرة ١٣٠٤ - تارن (مكس ذلك) : ديولوب ٢٠ فقرة ٤٥٠ - ميل ٨ فقرة ٣١٦ - لوران ٢٠ فقرة ١٥٩ - بوردو ومارد ٤ فقرة ٢٧٠١ - الموز للوفت فقرة ٩٥٤ - الأستاذ أحمد نسفت في الإلزامات ١ فقرة ٤٨٩ - المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٤٣٢ - ص ٤٣٣ - نفس مدق ٣٠ مارس سنة ١٩٢٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٧ ص ٢٠٣. والمسألة على كل حال محل نظر. وسنرى أن الإقرار التفضلي ينطوي على نزول من جانب المقر من حقه في مطالبة خصمه بالإلزامات، والنزول يتضمن القصد، لذلك كان الأول اعترافاً بالقصد في الإقرار التفضلي على الأقل.

٢٤٥ - صور الإقرار وشكله : وليس للإقرار شكل خاص ،

بل إن له صوراً متعددة . فهو قد يكون صريحاً أو ضمنياً . والصريح قد يكون مكتوباً أو شفوياً . وفي جميع الأحوال يكون الإقرار قضائياً أو غير قضائي .

والغالب أن يكون الإقرار صريحاً . فيكون تقريراً (déclaration) يصدر من المقر بوقائع يعترف بصحتها . وقد يكون هذا التقرير مكتوباً ، ولا بشرط شكل خاص في هذه الكتابة . فيجوز أن يكون الإقرار واردة في كتاب أو في برقية أو في أية رسالة أخرى يوجهها المقر إلى الطرف الآخر . ويجوز أن يكون في ورقة مستقلة تعطى للمقر له يتخذها سنداً . ويجوز أن يكون واردة في صحيفة الدعوى ، أو في مذكرة يقدمها الخصم المقر للمحكمة ، أو في طلبات مكتوبة يوجهها الخصم المقر للخصم الآخر . كذلك قد يكون الإقرار شفوياً . فإن كان خارج القضاء ، أمكن الاستشهاد على صدوره بشهود فيما يمكن سماع الشهادة فيه . وإن كان إقراراً قضائياً ، صح أن يكون في أثناء تحقيق أو استجواب أو في الجلسة ذاتها ، وفي هذه الأحوال يدون الإقرار في محضر التحقيق أو محضر الاستجواب أو محضر الجلسة ، فيسجل بذلك التثبت من صدوره ومن مضمونه .

ويندر أن يكون الإقرار ضمنياً أو مستخلصاً من مجرد السكوت . فلا يستخلص من تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب ولا من امتناعه عن الإجابة عند استجوابه من المحكمة أو من الخصم ، فهذا لا يكون إلا بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة يستكمل بالبينه والقرائن<sup>(١)</sup> . وقد نصت المادة ١٦٦ من تقنين المرافعات ، كما رأينا ، على أن « للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضراً من الخصوم ، ولكل منهم أن يطلب استجواب خصمه الحاضر » . ونصت المادة ١٦٧ من هذا التقنين على أن « للمحكمة كذلك أن تأمر بحضور الخصم لاستجوابه ، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه ، وعلى من تقرر استجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التي حددها القرار » . ثم نصت للمادة ١٧٣ على أنه « إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير علم مقبول ، أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني ، جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال

(١) استئناف مخطط ٢١ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٤٢ .

التي ما كان يجوز فيها ذلك<sup>(١)</sup>. أما نكول الخصم عن حلف اليمين أو ردّها ، ونكول من ودّت عليه اليمين عن حلفها ، فإن ذلك يكون بمثابة الإقرار . وفي الحقوق التي تتقدم سنة واحدة ، كحقوق التجار والصناع والمهال والنعم ، يقوم التّقدم على اقتراض الوفاء ، ومن ثمّ يجب على للمدين أن يتمسك بالتّقدم وأن يحلف اليمين على أنّه أدّى الدين فعلاً (م ٣٧٨ مدني) . فالامتناع عن التمسك بالتّقدم يكون بمثابة إقرار ضمنى بعدم الوفاء<sup>(٢)</sup> . كذلك دفع دعوى الدائن بأن الدين قد انقضى لسبب غير الوفاء ، كالمقاصة أو الإبراء ، يكون بمثابة إقرار ضمنى بأن الدين لم يوف ، ومن ثمّ إذا تبين أن الدفع بالمقاصة أو الإبراء غير صحيح ، فيجوز للمدين أن يلجأ بعد ذلك إلى الدفع بالوفاء<sup>(٣)</sup> .

ثمّ إن الإقرار ، في جميع الصور المتعلّمة ، قد يكون خارج القضاء ويسمى إقراراً غير قضائي (aveu extrajudiciaire) ، أو يكون أمام القضاء ويسمى إقراراً قضائياً (aveu judiciaire) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنّه وإن كان من حق الخصم أن يطلب استجواب خصمه ، إلا أنّ المحكمة ليست ملزمة بإجابة هذا الطلب ، بل الأمر متروك لسلطانها المطلق في التقدير ، فإذا رفض الحكم إجابة هذا الطلب لعدم تعلق الوقائع المطلوب الاستجواب عنها بالدعوى ، كان تسببه كالفعل ولا يجوز إثارة الجدل بشأنه (نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة حر ٤ رقم ٢٥٠ ص ١٦٦٨) - وانظر المادة ١٦٨ من تقنين المرافعات الجديد ، وهي تنص بأنّه إذا رأت المحكمة أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب ورفضت طلب الاستجواب . وانظر : نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٩ ص ١٨٢ . وكان تقنين المرافعات السابق يبيّز اعتبار تخلف الخصم عن الحضور أو امتناعه عن الإجابة بمثابة إقرار ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر في هذا المعنى أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهّدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٤) . - انظر : بيدان ويرد ٩ فقرة ١٣٠٥ .

(٢) بلائيول وديبر وجابوله ٧ فقرة ١٥٦٣ - وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن من يواجه بواقعتين ، فينكر إحداها إنكاراً صريحاً ويسكت عن الثانية ، يعتبر سكوته إقراراً بالموافقة التي سكّت من إنكارها (نقض فرنسي ١٤ مايو سنة ١٩٠٢ «الفرز» ١٩٠٢ - ١ - ٢٢٤ - بودري وبارد ٤ ص ٣٧٦ حاشي رقم ١) .

(٣) انظر في أن تنفيذ العقد يعتبر بمثابة إقرار ضمنى بوجوده : دي بايج ٣ ص ١٠٥٩ - ص ١٠٦١ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهّدي في صدد الإقرار الفسخي ما يأتي : «وليس شك في أن الأصل في الإقرار أن يكون صريحاً ، وأن الانضمام إليه استثناء من حكم هذا الأصل ، فلا يجوز قبول الإقرار الفسخي ، والمخالفة له ، ما لم يتم دليل يقضي على وجوده وصرحه . وهذا هو المعنى الذي استظهره تقنين المرافعات البلجيكي في المادة ٣٣٠ إذ فرغ على توافر هذه العناصر جواز اعتبار الوقائع ثابتة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٢) .

٢٤٦ - **إقرار غير قضائي** : لم يعرض التفتين المدني الجديد ولا التفتين المدني السابق للإقرار غير القضائي . ومعنى ذلك أن الأمر فيه متروك للقواعد العامة . أما التفتين المدني الفرنسي فقد ذكر في المادة ١٣٥٤ أن الإقرار الذى يجب به على الخصم إما أن يكون خارج القضاء أو أمام القضاء . ثم نص في المادة ١٣٥٥ على أن « الادعاء بصدور إقرار شفوى محض خارج القضاء لا يجرى في جميع الأحوال التى لا يجوز فيها إثبات الدعوى بالينة »<sup>(١)</sup> . ثم عرض في المادة ١٣٥٦ للإقرار أمام القضاء وبين أحكامه ، فذكر أنه حجة كاملة على المقر ، وأنه لا تصح تجزئته ، ولا الرجوع فيه إلا لغلط في الواقع<sup>(٢)</sup> . ويستخلص الفقه الفرنسي من أن المادة ١٣٥٦ من التفتين المدني الفرنسي بينت أحكام الإقرار القضائي وسكت عن أحكام الإقرار غير القضائي أن أحكام النوع الأول من الإقرار لا تسري على النوع الثاني . فالإقرار غير القضائي ليس حجة قاطعة ، ولا هو غير قابل للتجزئة ، ولا غير قابل للرجوع فيه حتى دون إثبات غلط وقع فيه المقر . بل هو موكول إلى القضاة ، بقدر ، وفقاً لظروف الدعوى وملابساتها ، قوته في الإثبات . فله أن يحصل حجة قاطعة أو أن يجرده من هذه الحجية ، وله أن يرفض تجزئته أو أن يجزئه ، وله ألا يقبل الرجوع فيه أو أن يجزئه فيه الرجوع ، ولا يخضع في شيء من ذلك لرقابة محكمة التفتين<sup>(٣)</sup> .

(١) وهذا هو النص في أصله الفرنسي :

L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait pas admissible.

(٢) وستتجدد دائرة الإقرار غير القضائي فستأخذ سلطة الإقرار القضائي لها بل ، فلا يخرج من هذه السلطة يكون إقراراً غير قضائي . وبصفتنا الآن أن نذكر أن الإقرار غير القضائي يصدر خارج القضاء أو أمامه ولكن في غير إجراءات الدعوى التى وضعت بالولاية المقر بها . وقد نصت المادة ٩٥ من قانون البينات المسمى على أن « الإقرار غير القضائي هو الذى يقع في غير مجلس المحكم أو يقع في مجلس المحكم في غير الدعوى التى أقيمت بالولاية المقر بها ».

(٣) أوبري ودو ١٢ ص ١٢٢ - ١٢٣ - بلانويول وريبير وجابيل ٧ بقرة ١٥٦٨ ص ١٤٠٣ - وانظر في أن الإقرار غير القضائي ليس كما يعتبره الفقه التقليدي صورة غير كاملة من الإقرار القضائي ، بل هو الأصل الذى نسج على متراكبه الإقرار القضائي : بلوتان في تطبيقاته على أوبري ودو ١٢ ص ١٢٢ حاشي رقم ٤٠ مكرر ١ . وقانون بلانويول وريبير وريلا نجي ٢ بقرة ٢٢٨٢ .

وفي القانون المصري أيضاً يخضع الإقرار غير القضائي للقواعد العامة كما قدمنا . ومن ثم يحسن التمييز بين إثبات قيامه وبين حجتيه في الإثبات .

فالإقرار غير القضائي يقوم بصدوره من المقر شفويّاً أو في ورقة مكتوبة . فإن كان شفويّاً ، وأنكره من نسب إليه ، وجب على من يحتج به أن يثبت أولاً صدوره من خصمه . ويخضع في ذلك للقواعد العامة في الإثبات . وقد نصت المادة ٢٢٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أن الإقرار غير القضائي ، أى الإقرار في غير مجلس القاضى ، يجب إثباته وفقاً للقواعد العامة المختصة بالإثبات ، . فإن كانت قيمة الدوى لا تزيد على عشرة جنيهات ، جاز له إثبات صدور الإقرار من خصمه بالينة والقرائن . وإن زادت قيمة الدوى على هذا المقدار ، لم يجز إثبات صدور الإقرار إلا بالكتابة وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن<sup>(١)</sup> . على أنه يصح أن المقر يعترف أمام القضاء بالإقرار الشفوي الصادر منه خارج القضاء ، فيصبح الإقرار غير القضائي ثابتاً بأقرار قضائي . ولكنه يبقى مع ذلك إقراراً غير قضائي ، لأن الإقرار هنا ليس إقراراً بالدوى ذاتها ، بل هو ليس إلا إقراراً بالإقرار الصادر خارج القضاء ، فيكون أثره محصوراً في هذا النطاق<sup>(٢)</sup> . ومن ثم يكون أمام القاضى لإثبات الدوى إقرار غير قضائي ثبت وجوده ، فيقدر قوته على الإثبات على النحو الذى يقدر به قوة أى إقرار آخر غير قضائي . أما إذا كان الإقرار غير القضائي في ورقة مكتوبة ، كان هذا الإقرار هو الطريق لإثبات الدوى ذاتها بعد أن ثبت قيامه بهذه الورقة<sup>(٣)</sup> .

(١) بور سعيد ٥ سبتمبر ١٩٣٢ المحلة ١٣ رقم ٢٢٩ ص ١٥٣ .

(٢) ومن ثم يكون هناك إقراران : إقرار قضائي ثبت به الإقرار غير القضائي وقامى به أحكام الإجراءات القضائية ، وإقرار غير قضائي هو الذى ثبت بالإقرار القضائي وقامى به أحكام الإجراءات غير القضائية . وهذا بخلاف ما إذا كان هناك إقرار غير قضائي ، ثم بعده المقر أمام القضاء ، ولا يكتفى بمجرد الإقرار بصدوره من خارج القضاء . فكلما الإقرارين هنا — القضائي وغير القضائي — ينصب على واقعة واحدة ، ويؤخذ بالإقرار القضائي في هذه الحالة كطريق لإثبات الدوى ذاتها لا مجرد إثبات الإقرار غير القضائي . (أنظر دور ١٢ ص ١١٢ — بيان دور ٩ بقرة ١٣٠٦ ص ٤٠٣ ، قارن بلاثول وبيير وجاهول ٧ بقرة ١٥٦٨ ص ١٠٤٣) . انظر : مخطا الكلية أول مايو سنة ١٩٣٥ المحلة ١٦ رقم ٤٢٩ ص ٩٤٨ .

(٣) استئناف مخطا ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٤٩ — قارن : استئناف مخطا ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٧ .

فلذا ما ثبت قيام الإقرار غير القضائي على النحو الذي قبلناه ، كانت له حجية في الإثبات تتبع إلى حد كبير الصورة التي قامت به<sup>(١)</sup> . فان قامت به صورة إقرار مكتوب ، فله قوة الكتابة التي تضمنته ، رسمية كانت أو عرفية ، على التضميل الذي قبلناه في الكتابة<sup>(٢)</sup> . ومن ثم يكون الإقرار غير القضائي الوارد في ورقة رسمية له حجية الورقة الرسمية . فهو ، من حيث صلوره من المقرر ، له حجية كاملة إلى حد الطعن بالتزوير . ومن حيث صحة الإقرار في ذاته ، له حجية على المقرر ولكن للمقر إثبات عكس ما جاء في إقراره وأنه لم يكن إلا إقراراً سورياً أو إقراراً متواضعاً عليه بينه وبين خصمه أو نحو ذلك ، على ألا يثبت ذلك إلا بالكتابة لأنه يثبت عكس ما جاء في ورقة مكتوبة . ومن حيث أثره القانوني ، ينحصر الإقرار غير القضائي للقواعد العامة إذ لم يرد في شأنه نص خاص ، فهو حجة على المقرر ما لم يثبت عدم صحته على النحو الذي قبلناه ، وهو قابل للتجزئة ، وهو كذلك قابل للرجوع فيه في الحدود التي تسمح بها القواعد العامة . والمهم في شأنه أنه لما كان إقراراً صادراً خارج القضاء فان للقاضي سلطة واسعة في تقدير قوته في الإثبات ، ذلك أن صاحبه يكون عادة

= والظاهر في الفقه الإسلامي أن العبارة في الإقرار المكتوب بالإشهاد عليه ، فإن لم يستشهد المقرر بل كتبه بشهود فالكتاب لا يصلح إقراراً . جاء في الفتاوى الهندية : « رجل كتب على نفسه صكاً منه قوم ، ثم قال ائتمروا عليه ولم يقل اشهدوا عليه ، لم يكن ذلك إقراراً ، ولا يحل لم أن يشهدوا عليه بذلك المال ، وكذا لو قال الشهود أنشهد عليك بهذا فقال ائتمروا عليه . ولو قالوا ائتمروا هذا الصك ، فقال اشهدوا عليه ، كان إقراراً وحل لم أن يشهدوا عليه ، كلما في فتاوى قاضيهان . ولو قال للصك اكتب للفلان خط إقرار بألف درهم حل ، يكون إقراراً ويحل للصك أن يشهد بالمال . وكذا لو قال للصك اكتب له خط بيع هذه الدار بكذا ، وكتب للصك لو لم يكتب ، فهو إقرار بالبيع ... رجل قرأ على رجل صكاً بال ، وقال له الآخر أشهد عليك بهذا المال الذي في الصك » فقال نعم ، كان ذلك إقراراً وحل له أن يشهد عليه ، كلما في فتاوى قاضيهان . ومنها كتاب حسابه ، وهو ما يكتبه التجار في صحائفهم ودفاتر حسابهم ، كلما في المحيط . لو كتب في صحيفة حسابه أن للفلان حل ألف درهم ، وشهد شاهدان حضرا ذلك أو آخر هو عند الحاكم به ، لم يلزمه إلا أن يقول اشهدوا حل به ، كلما في المبسوط . (الفتاوى الهندية ٤ ص ١٦٧) .

(١) قارن بودي وبورد ٤ فقرة ٢٧٢٥ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١١٩ .

(٢) المرجع المذكور ص ٦٦١ — استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المجلد ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ — ملوى ٣ سبتمبر سنة ١٩٣٢ المجلد ١٤ رقم ٢/٢٣١ ص ٤٤٦ .

أقل حيلة في أمره ، وأقصر تمعناً في عواقبه ، مما لو كان إقراراً صادراً أمام القضاء<sup>(١)</sup> . فتجزئته تكون أصعب من تجزئة الإقرار القضائي ، ولا يتقيد بالتصديق الذي ورد في هذه المسألة في شأن الإقرار القضائي ، وذلك حتى يضمن المقر لإقراراً غير قضائي في سر ، فقد يقر بالدين وبانقضائه عن طريق المقاصة ثم لا يتجزأ لإقراره إذا رأى القاضي عدم التجزئة<sup>(٢)</sup> . والرجوع فيه لنقط أو تدليس أو إكراه أو نقص في الأهلية جائز كما هو جائز في الإقرار القضائي ،

(١) وقد نصت المادة ١٠٢ من قانون البينات السوري على أن « الإقرار غير القضائي والتمتع يعود تقديرهما للقاضي ، ويجب إثباتها وفقاً لقواعد العامة القصص بالإثبات » - وقضت محكمة النقض بأن الإقرار القرائد في صحيفة دعوى غير دعوى النزاع ، وإن كان لا يند إقراراً قضائياً ملزماً حتماً ، هو إقرار مكتوب صدر في مجلس القضاء . ومثل هذا الإقرار يترك تقديره لمحكمة الموضوع . فلها حق تقدير الظروف التي صدر فيها والأشخاص التي حصل من أجلها أن تعبره دليلاً مكتوباً أو ليداً ثبتت بالكتابة أو مجرد قرينة ، كما لا أرى ألا تأخذ به أصلاً . فلها هي اجبره دليلاً كتابياً ، كان ذلك في حدود سلطاتها التقديرية التي لا يجب عليها من محكمة النقض ( نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة مر ٥ رقم ١٤ ص ٣٠ - ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة مر ٥ رقم ٣٠٠ ص ٦٠٠ ) . انظر أيضاً : قرنازي استئناف ١٩ مايو سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢/١٠ - ملوي ١٥ أكتوبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٣٧ - مدني ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة ٩ رقم ٤٩٦ ص ٩٠٤ - الميا الكلية ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٢ ص ٢٩ - لنا استئناف ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١ ص ١٩٧ - ديرانتون ١٣ فقرة ٥٤٠ - ديولوب ٣٠ فقرة ٥٤٤ يبدان ورو ٩ فقرة ١٣٠٦ و ١٣١٣ .

(٢) فهناك أحكام كثيرة لا تجزئ الإقرار غير القضائي : استئناف غطط ٣١ أكتوبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٢٧٢ - ٣ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٠ - ٢٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٢ - ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣٧ - وقضت محكمة الاستئناف المصلحة بأن الإقرارات التي تصدر من الشخص في تطبيق البرلمانية لا تعتبر إقراراً واحداً لا يتجزأ ، بل هي جلسة من الإقرارات مستقلة بعضها عن بعض ، ويجوز الأخذ ببعضها دون البعض الآخر ، فإذا أخذ بقرار منها فلا يجوز تجزئته ( ٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٦ ) . حل أن الإقرار غير القضائي قابل للتجزئة إذا رأى القاضي ذلك ، وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار الصادر من أحد الخصوم أمام الخبير المتعصب في دعوى غير الدعوى المنظورة هي من قبيل الإقرار غير القضائي ، فتجوز تجزئتها والأخذ ببعضها دون بعض ( نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة مر ٥ رقم ٣٠١ ص ٦٠١ ) - انظر أيضاً في معنى جواز التجزئة : استئناف سطط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٢ ص ٣٠٩ - مدني ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٢/٧٩ - توليه ١٠ فقرة ٢٤٠ - ديولوب ٣٠ فقرة ٥٥٤ . عكس ذلك بروبي وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٥ .

بل يصح الرجوع فيه لنقط في القانون<sup>(١)</sup>.

وإذا كان الإقرار غير القضائي مكتوباً في ورقة عرفية ، كانت له حجية هذه الورقة . فهو ، من حيث صدوره من المقر ، له حجية كاملة ولكن إلى حد الإنكار لا إلى حد الطعن بالتزوير . ومن حيث صحة الإقرار في ذاته ومن حيث أثره القانوني ، لا فرق في ذلك بين الورقة العرفية والورقة الرسمية ، وما قلناه هناك يقال هنا .

وإن قامت بالإقرار غير القضائي صورة إقرار شفوي ، فأمر إثباته كما قلنا موكول إلى القواعد العامة . ولكن متى اعتبر القاضي أنه قد ثبت وجب أن تكون حجيته في الإثبات هي نفس حجية الإقرار المكتوب ، ففي الحالتين قد ثبت أن هناك إقراراً غير قضائي قائماً ، فوجب ألا تتغير حجيته في حالة عما هي في الحالة الأخرى . ومن ثم يكون لهذا الإقرار حجية كاملة من حيث صدوره من المقر ، ولا محل هنا للطعن بالتزوير ولا للإنكار ، فإن هذين الوجهين لا يصلحان إلا بالنسبة إلى الورقة المكتوبة . ويكون لهذا الإقرار حجية كاملة من حيث صحته في ذاته إلى أن يثبت من نسب إليه الإقرار عدم صحته ، وله الإثبات بجميع الطرق إذا كان الإقرار ذاته قد ثبت بالبينه والقرائن . ويكون لهذا الإقرار أخيراً أثره القانوني وفقاً للقواعد العامة ، فيخضع في مجزئته وفي جواز الرجوع فيه للقواعد ذاتها التي يخضع لها الإقرار المكتوب<sup>(٢)</sup> .

(١) وسنرى أن الإقرار القضائي تلت به آثار بالنقط في القانون — ويجوز ، تبعاً لظروف وحسب تقدير القاضي ، الرجوع في الإقرار غير القضائي حتى لو لم يوجه غلط أو تدليس أو إكراه ( لارومبيير ٧ م ١٣٥٦ فقرة ٣١ — ديولوب ٣٠ فقرة ٥٥٥ — حكس ذلك بوردو وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٥ ) . ولا رقابة محكمة النقض على تقدير القاضي الموضوع في كل ذلك ( انظر في هذا الشأن يبدان ديور ٩ فقرة ١٣١٨ — فقرة ١٣١٩ — وانظر حكس ذلك بوردو وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٥ ) .

(٢) يميز التقنين المذهب اليسبي ، في الإقرار خارج مجلس القضاء ، بين الإقرار الذي يفتى به المقر مباشرة لنفسه أو نائب عنه ، وهذا يجعل له حجية الإقرار القضائي لأن الخصم في المائدة لا يقر لنفسه مباشرة بحق عليه إلا إذا كان هذا الحق في ذمته ، وبين الإقرار الذي يفتى به المقر لشخص ثالث ، والإقرار الموجود في وصية المقر . فالإقرار لشخص ثالث — دون الخصم مباشرة — لا تلاعب المحقة التي تلاعب الإقرار لنفسه . والإقرار في وصية تتدخل محقة أن يكون الإقرار جزءاً من هذه الوصية أضنى عليه الموصي صورة الإقرار . ومن ثم تركه التقنين اليسبي لقاضي سلطة البت في تقدير حجية الإقرار في حالتين الحالتين . وهذا هو نص المادة ٣٩٨ من التقنين المذهب اليسبي الذي وردت فيه هذه الأحكام : « الإقرار الذي يفتى به لنفسه أو لمن =



٢٤٧ - **المقرر القضائي** : وننقل الآن إلى الإقرار القضائي ، وهو الذي أدره التقنين للمدعي بالذكر ، وعنايه وحده بلفظه « الإقرار » ، ونخصه بقواعد تميزه عن الإقرار غير القضائي <sup>(١)</sup> .

ونبحث الإقرار القضائي - ونطلق عليه لفظ « الإقرار » دون نص كما فعل التقنين للمدعي - وتتناول في البحث : (أولاً) أركانه ، و (ثانياً) حجته في الإجابات .

## الفرع الأول

### أركان الإقرار

٢٤٨ - **التعريض القانوني** : تنص المادة ٤٠٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة » <sup>(٢)</sup> .

= يظه خارج مجلس القضاء بعد إقراره كغائباً في نفس الدرجة والمفعول . وإذا أنقض بالإقرار الخصم ثالث ، أو وجه الإقرار في وصية ، فترك حرية البت فيه لتقدير القاضي . ولا يجوز إثبات الإقرار المدعى به خارج مجلس القضاء عن طريق شهده إذا كان متصباً على موضوع لا يمسح القانون إثباته بشهوده .

(١) ويحسن التمييز بين مسائل ثلاث : (أ) العبارة المنسوبة صراحة إلى الخصم ، وحل صدقت منه فعلاً : وهذه مسألة موضوعية . (ب) وبفرض ثبوت صحتها ، هل يمكن تفسيرها على أنها إقرار : وهذه أيضاً مسألة موضوعية . (ج) وبفرض أنها إقرار ، فهل هذا الإقرار قضائي أو غير قضائي : وهذه مسألة قانونية ( انظر أنسيكلوبيدي دالوز في القانون المدني preuve لقراءة ١٢٤ ) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « الإقرار هو اعتراف الخصم أو من يترب عنه نيابة خاصة بواقعة قانونية مدعى بها عليه . ويكون صدوره أمام القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة » . وفي لجنة المراجعة حذر النص صراحةً لتفادي ظاهرها وحلفت عبارة « أو من يترب عنه نيابة خاصة » لأن محلها باب الوكالة (م ٧٠٧ ققرة ١ مدني) ، فأصبح النص هو ما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة =

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون اليمينات السوري للمادتين ٩٣ و ٩٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٦١ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢١٠ ، وفي التقنين المدني الليبي م ٣٩٦<sup>(١)</sup> .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي للمادة ١٣٥٤ والفقرة الأولى من المادة ١٣٥٦<sup>(٢)</sup> .

ويتبين من نص التقنين المدني المصري أن للإقرار أركاناً أربعة : (١) اعتراف الخصم (٢) بواسطة قانونية مدعى عليه بها (٣) أمام القضاء (٤) أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة<sup>(٣)</sup> .

---

= ٤٢١ في المشرع النهائي . ووافق على النص مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٨ ، لمجلس الشيوخ (جريدة الأعمال التشريعية ٢ ص ٤٢١ - ص ٤٢٤) .

(١) بخصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون اليمينات السوري م ٩٣ : الإقرار هو إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر م ٩٤ : الإقرار القضائي هو اعتراف الخصم أو من يوجب عنه نهاية خاصة بواسطة قانونية مدعى بها عليه ، وذلك أمام القضاء ، أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة . (والحكم واحد في القانون السوري والتقنين المصري) .  
التقنين المدني العراقي م ٤٦١ : الإقرار هو إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر . (والحكم واحد في التقنينين العراقي والمصري) .

تتضمن أصول المحاكمات المدنية اللبنانية م ٢١٠ : الإقرار هو اعتراف فريد بأمر ادعى به عليه . والإقرار يكون قضائياً وغير قضائي . (ولا يوجب في التقنين اللبناني تعريف خاص بالإقرار القضائي ، ولكن يُلهم من مسودح تصوره أن حدود الإقرار القضائي هي نفس الحدود المفردة في التقنين المصري) .

التقنين المدني للمملكة المغربية المتحدة م ٣٩٦ : مطابقة لنص التقنين المصري .

(٢) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٥٤ : الإقرار الذي يصح به حل الخصم يكون إما إجرائياً غير قضائي وإما إجرائياً قضائياً - م ١٣٥٦ فقره أول : الإقرار القضائي هو اعتراف الخصم أمام القضاء بنفسه أو بمن يفوضه في ذلك تفويضاً خاصاً .

Art. 1354 : L'avou qui est opposé à une partie, est ou extrajudiciaire ou judiciaire.

Art. 1356 al. 4. : L'avou judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial.

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في جريدة الأعمال التشريعية ٢

ص ٤٢٢ - ص ٤٢٤ - ويكون الأقوال المنسوبة إلى الخصم تعتبر إقراراً متى تماثلت هذه =

## ٢٤٩ - المركب الدول - اعتراف القسم الإقرار اعتراف يصدر

من المقر . والاعتراف تقرير (déclaration) لواقعة معينة محل اعتبار أنها حصلت . ولا شك في أن التقرير على هذا النحو هو عمل مادي ، كالشهادة والكتابة والتوقيع والمخلف . فالإقرار إذن في أصله عمل مادي ، أي واقعة قانونية (fait juridique) ، وليس بتصرف قانوني<sup>(١)</sup> .

ولكن الإقرار من جهة أخرى ، يتطوى على نزول من جانب المقر من حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه ، كما سنبين فيما يلي . والنزول (renonciation) تصرف قانوني من جانب واحد (acte juridique unilatéral) . فيكون التكييف الصحيح للإقرار إذن هو أنه واقعة مادية تتطوى على تصرف قانوني<sup>(٢)</sup> . فهو واقعة مختلطة (fait mixte) ، مثله في ذلك مثل الوفاء (paiement) والاستيلاء (occupation) ، فكلاهما واقعة مادية تتطوى على تصرف قانوني : الوفاء يتطوى على إرادتين متطابقتين في إنهاء الدين ، والاستيلاء يتطوى على إرادة تملك المال محل الاستيلاء<sup>(٣)</sup> .

= الأركان الأربعة ، أو لا تعتبر لعدم توافرها ، مسألة من مسائل القانون . وقد نفتت محكمة النقض بأن الإقرار القضائي هو اعتراف خصم بالمحق المدعى به في مجلس القضاء قاصداً بذلك إطفاء من إقامة الدليل عليه ، وكون الأقوال المنسوبة إلى الخصم تعبيراً لإقراراً به أو لا تعتبر مسألة قانونية تتحمل تحت رقابة محكمة النقض (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ مجموعة ص ٩ رقم ١١٧ ص ٢٠٣) — أما ثبوت وقوع هذه الأركان مادياً فهي مسألة موضوعية متروكة لتقديرها لمحكمة الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيها (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٢٢ مجموعة ص ٤٨ رقم ١٠٧ ص ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١٠ ص ٢٣٤) .

(١) . قارب بلانويك وريبير وبولانجي ٢ لقطة ٢٢٨٨ ص ٧٢١ هامش رقم ١ .  
(٢) . قارب أوبري دوو ١٢ ص ١١٢ - ص ١١٤ - دبرياج ٣ ص ١٠٢٨ - ١٠٣٢ - وقارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات لقطة ١٠٤ - لقطة ١٠٥ - وفي الفقه الإسلامي الإقرار بإقرار الإنسان من ثبوت حق منزه عن نفسه ، وهو إقرار لا إنشاء ، ولذلك لا يحصل التطبيق بالشرط ولا افتراء الجوارح ، ولا يجوز على القبول وما فيه تملك مال من وجه يراه بالردة ولا فلا تكتسب حالة شفعة وطلاق وحقوق (الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ١١٨ - ص ١٣٠) .

(٣) . وسنرى أن كلا من توجيه المدين الخاصة ورفضه تصرف قانوني . أما المخلف نفسه فواقعة مادية . وتكتسب من المدين ، كالإقرار ، واقعة مادية تتطوى على تصرف قانوني .

ولما كان الإقرار واقعة مادية تتطوى على تصرف قانوني ، أى واقعة مختلطة كما قلنا ، كان لكل من هاتين التاحيتين فيه - الواقعة المادية والتصرف القانوني - نتائجها القانونية .

فالإقرار من حيث أنه واقعة مادية لاحاجة في تمامه إلى قبول من الخصم الذى صدر الإقرار لصالحه . وسواء صدر الإقرار أثناء استجواب أو فى الجلسة أو ضمن مذكرات القضية وأوراقها ، فإن مجرد صدوره من صاحبه يجعله قائماً لا يتوقف في قبضه على قبول من الخصم الآخر . وإذا كان هذا الخصم الآخر يطلب عادة إثبات الإقرار في المحضر ، فهو يفعل ذلك للإظهار بقوله إياه ، بل لتسجيله كما صدر حتى يتيسر الرجوع إليه دون أن يقع اختلاف في مضمونه<sup>(١)</sup> . ويرتب على ذلك أن الإقرار إذا صدر لا يجوز للمقر الرجوع فيه بحجة أن الخصم للمقر لم يظهر بعد بقوله إياه ، إذ الإقرار تام نافذ بمجرد صدوره دون حاجة إلى قبول<sup>(٢)</sup> .

والإقرار من حيث أنه يتطوى على تصرف قانوني من جانب واحد لا يحتاج أيضاً إلى قبول . ثم انه يجب لصحة نفس الشروط الواجب توافرها لصحة هذا التصرف القانوني . فالمقر ، كما قلنا ، إنما ينزل عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات الواقعة التى يدعيها ، وهذا النزول يجعل هذه الواقعة في غير حاجة إلى الإثبات ، فتصبح مصدرًا لا لزام المقر . ومن ثم يشترط لصحة هذا النزول - أى لصحة

(١) أوبري ذوو ١٤ ص ١١٧ .

(٢) أوبري ذوو ١٢ ص ١١٧ هامش رقم ١٩ - بلانول وديير وجابول ٧ فقره ١٥٦٦ - استئناف مستط ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢١٤ - ومن ثم يجوز الإقرار القسبي غير المميز والمسنون ( نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مسجوة محر ١ رقم ٢١٩ ص ٧٩٨ - وانظر م ٤٦٣ فقرة ٢ مدني مرقف ) .

قرب المادة ٤٦٦ من الشئتين المدنى العراق ونصها : ١٥ - لا يتوقف الإقرار على قبول المقر له ، ولكن يرد برده ٢ - وإذا رد المقر له مقداراً من المقر به ، فلا يثنى حكم الإقرار في المقدار المردود ، ويصح الإقرار في المقدار الباقي . والمادة ٤٦٨ من نفس الشئتين : ١٥ - يلزم المرد بإقراره إلا إذا كذب بمحكم ٢ - ولا يصح الرجوع عن الإقرار . وانظر أيضاً المادتين ٩٩ و ٩٨ من قانون الجنات السوري ، وقد نقلنا عن المادتين ٤٦٦ و ٤٦٨ من الشئتين المدنى العراق . وانظر في تكليف الحاكم للإقرار للمادة ١٥٨٧ من مجلة وشرح سليم بلو ص ٨٧٥ - ص ٨٧٦ .

**الإقرار** - ما يشترط لصحة التزام المقر بالواقعة التي أقر بها . فيجب إذن أن يكون المقر أهلاً للالتزام بهذه الواقعة ، وأن تكون إرادته غير مشوبة بسبب من عيوب الإرادة : غلط أو تدليس أو إكراه . فإذا كان المقر يقر بواقعة فرض مثلاً ، وجب أن يكون قد بلغ سن الرشد وألا يكون محجوراً ، حتى يكون أهلاً للالتزام بالقرض الذي أقر به<sup>(١)</sup> . ويجب ألا يكون قد وقع في غلط جوهرى لاقى الواقع ولا في القانون<sup>(٢)</sup> . كما لا يجوز أن يكون قد اندفع

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأهلية التي تشترط لصحة الأقرار هي أهلية المقر للصرف فيما أقر به ، أما المقر له فلا يشترط فيه أهلية ما بل يجوز الإقرار للصبي غير المميز والمجنون (نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ جموعة عمر ١ رقم ٢٦٩ ص ٧٩٨ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كان القانون المصري (القديم - وكذلك الجديد) لم يأت بنص صريح كالذي جاء في الفقرة الأخيرة من المادة ١٣٥٦ مدني فرنسي التي تقرر أنه لا يجوز الرجوع في الإقرار إلا إذا ثبت أنه ناشئ عن خطأ في الأمر الواقع ، إلا أن الفروقات القانونية العامة توجب السبل هذا المبدأ ، فهي لا تسمح لأي إنسان بأن يقر على حساب غيره بدون وجه حق ، وتسمح فضلاً عن ذلك بتصحيح الأخطاء المادية في الحساب الناشئة عن السهو والنسيان (٣ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٢٢ ص ٢٨٤) . وقضت محكمة دسايط بأنه إذا ثبت الإقرار على غلط في الواقع كيأن يقر بدين على مورثه ثم يمتد به ذلك على مخالصة بين أوراق المورث ، ففي هذه الحالة يجوز للمقر المدول لأن اعترافه بأسر لم يكن موجوداً في الواقع (٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ رقم ٤٤٧ ص ٩٠١) .

هذا ويلاحظ أن لتقنين المدعي الفرنسي (١٣٥٦ م) لا يجعل الإقرار صحيحاً إلا إذا كان الغلط في الواقع ، أما الغلط في القانون فلا يمتد به (انظر أيضاً المادة ٢٢٥ من تقنين أصول المحاكمات المدنية البنية) . ولكن المقصود بالغلط في القانون الذي لا يمتد به هو الغلط في النتائج القانونية التي تترتب على الإقرار (أوبري دور ١٢ ص ١١٩ - بلانيول وريير وجارول ٧ ص ٩١٠ - كولان وكايفان ومودانغير ٢ فقرة ٨١٢ - بلانيول وريير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٨٩ - وانظر أيضاً المادة ٢٢٤ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية ونقضي بأنه لا يجوز للمقر الرجوع عن إقراره بحجة أنه لم يفقه نتائج القانونية) . وعلى هذا المعنى يمكن القول أيضاً بأن الغلط في القانون لا يؤثر في الإقرار في القانون المصري ، فإقرار الراوث بوصية صعدت لوارث آخر لا يميمه أن يكون الراوث المقر قد صدر منه الإقرار وهو يعتقد خطأ أن الوصية لوارت لا تزال غير جائزة ، فإذا تسلك المقر بهذا الغلط في القانون لا يجاب إلى طلبه في الرجوع عن إقراره (قارن الموجز المؤلف ص ٦٨٥ هامش رقم ٢ - والمذكورة الإيضاحية مشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٤٤٠ - وقارن أيضاً الأستاذ أحمد نشأت في الإلتهات ١ فقرة ٤٩٨ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإلتهات فقرة ١١٤) . أما الغلط في القانون الذي يمتد به في الإقرار في القانون المصري - وكذلك في القانون الفرنسي إذا أعلننا -

إلى إقراره بتدليس أو إكراه<sup>(١)</sup>. وهو الذي يحمل عبء إثبات ذلك إذا ادّعى<sup>(٢)</sup>. فان أثبت أنتم يكن أهلاً أو أن إقراره قد شابته غلط جوهري أو تدليس أو إكراه ، كان الإقرار باطلاً، وكان له الرجوع فيه<sup>(٣)</sup>.

كذلك مادام الإقرار يتطوّل على تصرف قانوني ، وما دام هذا التصرف هو النزول عن حق ، فان الإقرار يكون في حكم عمل من أعمال التصرف (acte de disposition) ، ويجب للتوكيل فيه أن تصدر وكالة خاصة ، فلا تكفي

« بالتفسير الذي سبق الإشارة إليه — فهو الغلط الذي يقع ، لا في النتائج القانونية للإقرار ، بل في العناصر القانونية التي يقوم عليها ، وذلك كالغلط في حكم من أحكام القانون انبئ عليه صدور الإقرار . فلذا أثر وارث بملكية الموصى له عين الموصى بها وهي ثلث التركة ، وكان يحق له صدور الإقرار أن القرصية يجوز حتى لو جاوز الموصى به ثلث التركة ، فان له الرجوع في إقراره إذا أثبت هذا الغلط في القانون الذي وقع فيه .

(١) وقد جاء في الموضع المذكور في هذا الصدد مايلي : « ولكن يجوز الطعن في الإقرار لغلط أو تدليس أو إكراه ، وعده هي حبوب الرضاء ، فلذا كان المقرر قد صدر منه الإقرار على أساس غلط وقع فيه ، كما إذا أقر وارث بدين في ذمة مورث وهو يحمل أن هناك مخالصة بالدين ، والله أن يظن في هذا الإقرار بالغلط إذا ما علم به ذلك بأمر عده المخالصة . وإذا كان الإقرار قد صدر على أثر تدليس ، ولو من غير الخصم المقرر له ، أو كان نتيجة إكراه ، فظن أن يظن فيه كذلك . » (الموضع ص ١٨٥) . هذا والتدليس والإكراه يمكن تصورها في الإقرار إذا وقعا خارج المحكمة (كأن يبايع ٣ ص ١٠٢٨ — ١٠٢٢) .

(٢) استئناف مسقط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٩٦ — ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٤٠ — ٢٤ مارس ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٩ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ١٧٤ .

(٣) وفي القواعد الإسلامية يظل الإقرار بعد وجوده بتكليف المقرر له لغيره في حقوق العباد ، ويرجع المقرر من الإقرار في حقوق الله تعالى . جاء في القواعد : « الإقرار بعد وجوده يظل باقياً . أحدها تكليف المقرر له في أحد نومي الإقرار ، وهو الإقرار بحق العباد ، لأن إقرار المقرر دليل لزوم المقرر به ، وتكليف المقرر له دليل عدم الزوم ، والقزوم لم يعرف ثبوته ، فلا يثبت مع ذلك . والثاني وجوب المقرر من إقراره فيما يجعل الرجوع في أحد نومي الإقرار بحقوق الله تعالى ومثالي مخالصة كحد لقنا ، لأنه يحصل أن يكون ساعداً في الإنكار ، فيكون كاذباً في الإقرار ضرورياً ، فحدث شبهة في وجوب الله » (البدائع ٧ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٣) . ولا يمسح من المقرر أنه كاذب في إقراره . ولكن المقرر أن يرجع في إقراره لإكراه لا لغلط : جاء في الأقوال والفتاوى لابن نجيم (ص ١٤٠ و ١٣٧) « إقرار المكره باطل ... وفي كافي الحاكم من باب الإقرار في المضاربة : لو أقر المضارب ببيع ألف درهم في المال ، ثم قال غلطت إباحة خيالة ، لم يصدق وهو ضامن لما أقر به » .

الوكالة العامة<sup>(١)</sup> . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة » ، ويوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه المدين والمرافعة أمام القضاء<sup>(٢)</sup> . ومن ثم لا يصح الإقرار من وكيل عام . ولا يصح الإقرار الصادر من محام<sup>(٣)</sup> ، ما لم يكن التوكيل الصادر إلى هذا المحامي منصوباً فيه على تفويضه في الإقرار<sup>(٤)</sup> . ولا يشترط تعيين محل الإقرار على وجه التخصيص (م ٧٠٢ فقرة ٢ مدني) . أما الولي والوصي والقيم فيصح إقرارهم عن الأصل في الحدود التي يجوز لهم فيها القيام بأعمال

- (١) ما لم يكن الإقرار منصبا على عمل شخص التوكيل يدخل في حدود وكالة العامة (السيكسدي والقرز في القانون المدني Preuve للمف ٩٥٩) .
- (٢) وقد رأينا منه استمرارا تاريخ نص المادة ٤٠٨ أن الم شروع التهدي لهذا النص (٤٦٦ م) كان يفسر . بأن « الإقرار هو اعتراف المصم أو من ينوب عنه نيابة خاصة بواقعة قانونية ... » ، وأن لجنة المراجعة حذفته عبارة « أو من ينوب عنه نيابة خاصة » لأن عليها باب الوكالة (٧٠٢ م فقرة ١ مدني) .
- (٣) فإذا صدر منه إقرار مبدئ (spontané) ، فإن حسلا لا يكون حجة على الموكل : استئناف مسقط ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٦٧ .
- (٤) فإذا فوض المحام في الإقرار ، وصدر منه إقرار في مذكرة قسما المسكة ولم يسج المصم ، أو بعد هذا الإقرار (استئناف مسقط ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٥٠) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التهدي في هذا الصدد ما يأتي : « ويجب أن يصدر الإقرار من المصم أو من يفوض في ذلك بتوكيل خاص . فلا يجوز لتوكيل أن يقر من الموكل ، إلا أن يكون قد غول ولاية خاصة ، لأن الإقرار في حقيقته عمل تصرف لا عمل إدارة ، فهو يخرج بذلك من نطاق الوكالة العامة . ولعله لئلا يشترط توقيع الموكلين أنفسهم على المذكرات التي تقدم من محاميهم إذا كانت تتضمن إقراراً ، إلا أن يكون المأمون مفوضين في الإقرار بتوكيل خاص (مجوعة الأعمال المحسنية ٣ ص ٤٢٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه لا ين صدور إقرار من المأمون أنه استند إلى أن الإقرار الصادر من وكيلها والتثبت بمسفر التمثال القاضي المستعب الساتية لا يصلح للاحتجاج به على الموكلين لأن لم يصدر بتوكيل خاص أو ضمن توكيل عام يصح الإقرار بالكتابة ، فإنه هذا القول لا مخالفة فيه للقانون (نفس مدني ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجوعة أحكام النقض ٢ رقم ٨١ ص ٤٧١) . وقضت محكمة الاستئناف المسقط بأنه لا بد من توكيل خاص في الإقرار ، استئناف مسقط ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧ - ٤ يولي سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٢٤ - ٩ يولي سنة ١٨٩٨ م ٦٠ ص ٢٢٢ .

تصرف ، فيشترط إذن في كثير من الأحوال لصحة هذا الإقرار الحصول على إذن من المحكمة المختصة<sup>(١)</sup> . أما الإقرار بواقعة قانونية فصحت مقصورة عليهم ، إلا إذا كانت الواقعة محلان أعمال الإدارة المحولة لهم بحكم القانون<sup>(٢)</sup> .

(١) وقد نصت المادة ٢٠ من قانون المحاكم المختصة على تصرفات معينة لا يجوز القوم مباشرة إلا بإذن من المحكمة ، فالإقرار بأنه تصرف منها باسم القاصر لابد له من إذن المحكمة المختصة . وهذا هو نص المادة ٢٠ المشار إليها : « لا يجوز القوم مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة : (أولاً) التصرف في أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الفكرة أو الإقراض أو الرهن أو أي نوع آخر من أنواع التصرفات النافذة للملكية أو المرتبة على حق . (ثانياً) تحويل الميراث إلى تكون القاصر وقبول المحوطة عليه . (ثالثاً) استئجار الأموال وتصلبها وانقراض المال للقاصر . (رابعاً) إيجار مقام القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من ستة في المباني . (خامساً) إيجار مقام القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه من الرشد لأكثر من ستة . (سادساً) قبول التبرعات المقررة بشرط أو رفضها . (سابعاً) الانفاق من مال القاصر على من يجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقدماً بها من جهة مخصصة . (ثامناً) التصرف والتحكيم . (تاسعاً) الوفاء بالالتزامات التي تكون على الفكرة أو على القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم واجب التنفيذ . (عاشر) دفع الميراث إلا ما يكون في تأخير رفضها ضرر بالقاصر أو شهاج حق له . (حادي عشر) التنازل عن الميراث وقبول الأحكام القابلة للميراث العادة والتنازل من حقه الميراث بعد رفضها ودفع الميراث غير العادة في الأحكام . (ثاني عشر) التنازل عن التامينات أو إضالتها . (ثالث عشر) إيجار القوم أموال القاصر لنفسه أو لأحد أفرادها أو أصهاره أو لمن يكون القوم نائباً عنه . (رابع عشر) ما يصرف في تزويج القاصر . وقد نصت محكمة الاستئناف النقطية بأن إقرار القوم لا يبرى في حق القاصر من وقائع سابقة على الوصاية (٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧) . ونقض المجلس المحسبي العالي بأن القوم لا يملك الإقرار بالدين ، فلا يجوز له أن يسد ديوناً على القاصر لم تكن ثابتة (٢٧ يولية سنة ١٩١٦ المحاماة ١ رقم ٤٠ ص ٢٤٩) . ونقضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز لولايت أن يقر بدين على الوقت بعد إنشائه (٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٢ ص ٧٥٦) . هذا ونقض للمادة ٤٦٢ من القانون المدني العراقي - من أنه لا يقتصر أن يكون المقر حائلاً بالحق غير محجور عليه ، فلا يصح إقرار الصغير والمجنون والمصره وقليه . ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم وأوصيائهم وقهروهم عليهم ، ولكن الصغير والمجنون يكون لإقراره حكم إقرار البالغ في الأمور المأذون فيها . ونقض للفترة الثالثة من المادة ٤٦٢ من هذا القانون على أنه لا يقتصر أن يكون المقر له حائلاً ، فلو أقر أحد مال الصغير غير المميز صح إقراره - انتظر أيضاً المادة ٩٦ من قانون الجينات السوري ، وهي منقولة عن المادة ٤٦٢ من القانون المدني العراقي . وقد نصت المادة ٢٢٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أن « يكون الإقرار بملك للملك يمكن المقر سراً للأهلية أو للصلاحيات للكتابة » .

(٢) انظر في هذا المسألة لوبري ورد ١٢ ص ١١٥ - بلاتيرول وديجر وجابوله ٧ فقرة ١٥٦٥ ص ١٠٤٠ - والإقرار الصادر من نقل الشخص للمعوى (حركة أو جمعة أو غير ذلك) من



وأخيراً مادام الإقرار يتطوّر على تصرف قانوني ، فإنه يرد عليه ما يرد على تصرفات القانونية من احتمال الصورية والتواطؤ<sup>(١)</sup> . فقد يكون الإقرار صورياً توافقاً عليه المقر والمقر له اضراً بحق الغير كالسائق والمخلف ، ويجوز لهؤلاء اثبات الصورية بجميع الطرق ولو بالينة والقرائن ، فإذا أقرها لم يخطئ الإقرار في حقهم<sup>(٢)</sup> . والإقرار الصادر في مرض الموت يعتبر في حكم الوصية ، فلا ينفذ إلا من ثلث التركة<sup>(٣)</sup> . على أن الإقرار يصح ولو كان خالياً من ذكر سببه السابق عليه ، لأنه ليس منشأ للحق بل هو مظهر له ، ومن ثم كان حكمه هو ظهور ما أقر به المقر لا ثبوته ابتداءً<sup>(٤)</sup> .

= يعتبر إقراراً صادراً من الشخص المنوي نفسه ( بلاتويل ورهبر وبولانجه :قرة ٢٢٨٥ ) .

(١) استكتاف مخطط ١٤ يناير سنة ١٩٢٠ م ٤٧ ص ١٨٦ — وقد جلد في المجلد للوفات في هذا الصدد ما يأتي : مؤكداً يجوز الطعن في الإقرار بسبب من عيوب الرضاء ، يجوز الطعن فيه أيضاً بالتواطؤ فيما بين المقر والمقر له ، غير أن الطعن في الحالة الأولى يكون من المقر نفسه ، وفي الحالة الثانية يكون من الغير على آخره هذا الموافق . فقد يوافق شخص مع آخر على أن يقر له بحق إضراراً بدائنه ، فيجوز لهذان أن يظن في الإقرار بالدهوى الوصية أو بالصورية على حسب الأحوال (المجلد ص ٦٨٥ والأحكام المفصلة إليها في هامش) .

(٢) أوبري ردو ١٢ ص ١١٠ .

(٣) انظر في إقرار المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي : طرق الكشف في الفقهية الإسلامية للاستاذ أحمد إبراهيم ص ١٨٥ — ص ٢٢٥ — الفلاح ٧ ص ٢٢٤ ص ٢٢٨ — للفتاوى المشتهرة ٤ ص ١٧٦ — ص ١٨٥ . وقد قننت محكمة استئناف مصر بأن إقرار الإنسان في مرض موته بدين لأحد ورثته يكون موثقاً على اجازة بالقيم ، فإن أجازة وكان مبرراً ، وإلا فلا ( ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المجلد ٦ رقم ٥٢٤ ص ٨٥٦ — على أنه بعد إجابة قومية لوارث في ثلث التركة يكون الإقرار لوارث نافذاً في هذا القدر ولو من غير اجازة على الورثة) . أما إذا صدر الإقرار في حال الصحة فإنه يكون نافذاً دون تقييد بثلث التركة ، وقد قننت محكمة استئناف مصر بأن الإقرار بالدين يكون صحيحاً ولو صدر مبرراً من كان مدبراً ومسلماً في حال الصحة ، سواء كان لوارث أو لغير وارث ( ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ المجلد ٩ رقم ٢٩٥ ص ١٦٢١ ) .

(٤) وقد قننت محكمة النقض بأن الإقرار يعتبر دليلاً قاعداً للاعتقاد عليه في زمن سابق ، فيكون صحيحاً ولو كان خالياً من ذكر سببه السابق عليه . فلذا أقر للمقر في نفسه بأن الأرض التي اقترعها والمكتفية باسمه هي ملكه لورثته ، وأجبرت محكمة الاستئناف أن تطرد قراره تلك الألمان جدياً ، كما أجبرت في الوقت ذاته أن الإقرار اللائح لما صيغ وصحة على القبول

٢٥٠ - المركب الثاني - واقع قانونية مدعى بها : ويجب أن ينصب الإقرار على واقعة قانونية مدعى بها على المقر . ولا يلزم أن تكون هذه الواقعة كسراً قانونياً ، بل يصح أن تكون واقعة مادية . ولا يلزم كذلك أن تكون الواقعة مصدر الحق من الحقوق ، بل أية واقعة يمكن الادعاء بها يجوز فيها الإقرار . وقد رأينا أنه يمكن الادعاء بأية واقعة يترتب عليها أثر قانوني ، كما إذا ادعى التالف من المشتري بأضرار المدين الجائع في الدعوى البولية ، فهذه واقعة يمكن أيضاً أن ينصب عليها الإقرار .

ومادام الإقرار ينطوي على تصرف قانوني كما قلنا ، وهو ضرب من التصرف في الشيء المقر به من جانب المقر ، لذلك يجب أن يكون محل الإقرار شيئاً معيناً كائناً ما كان من الجهات الفاعلة . وقد ورد في التفتيش المدني العراقي

« دول لم يذكر سببه ، فلا محل للعلن في حكمها بالتفتيش ، لأنه يبين من هنا أن المسئلة لم تعتبر الإقرار المذكور جيداً من الأسباب المثبتة لذلك ، بل اعتبرته - كما ينبغي أن يعتبر قانوناً - دليلاً تقدم الاستدلال عليه في زمن سابق ، وطاح حق ، لأن الإقرار ليس سبباً لدفعه ، ولذا كان حكمه بغير ما أقر به المقر لا يثبت ابتداء (نقض مدني ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ المجموع الرسمية ٣٧ رقم ٧ ص ١٥٨) . وتبين مسئلة التفتيش بين سبب الإقرار بالدين وطلة الاستدانة ، فقد بقر المدين بالدين ويذكر أن السبب هو استدانة على ربح أموال القائل ، ثم يذكر أن طلة هذه الاستدانة هي إلقاء المال في وجه معين ، فسواء سبقت المسئلة أم لم تسبق ، فالإقرار صحيح ما دام سببه صحيحاً (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام التفتيش ٢ رقم ١١٢ ص ١٩٢) .

وفي اللغة الإسلاس الإقرار كالتعهد لا مثله . جاء في القواعد المختارة : « الإقرار إخبار عن ثبوت الحق للغير على نفسه ، كلما في الكفاي . وأما وكنت تقول له فلان على كذا أو ما يشبهه ، لأنه يقوم به ظهور الحق وانكشافه ، حتى لا يصبح شرط الإخبار فيه ، بأن أقر بدين أو بدين على أنه بالإخبار ثلاثة أهام ، فالإخبار باطل وإن صدقه المقر له والمالك لازم ، كلما في محط القرض » (القواعد المختارة : ص ١٥٦) . وفي القدر المختار الإقرار إخبار عن وجه وإشهاد من وجه ، وقد جاء فيه ما يلي : « فالوجه الأول وهو الإخبار : صح إقراره على قوله للغير ، ومنه أقر بذلك الغير بدينه تسليماً له المقر له إما ملكه برعة من الزمن فبطلان على نفسه ، ولو كان إنشاء لما صح لعدم وجوده للقر... ولا يصح إقراره بطلاق وحقا مكرما ، ولو كان إنشاء لصح لعدم المصلحة . وصح إقراره لغيره المثلون بين في يده والمسلم بضر ونصف دار شاماً والمرأة بكودمية من غير جهود ، ولو كان إنشاء لما صح ... والوجه الثاني وهو الإشهاد : لو رد المقر له إقراره ثم قيل لا يصح ، ولو كان إخباراً لصح ... والله أعلم بالصواب والإقرار لا يظهر في حق المقر له المسئلة فلا يمكنها المقر له ، ولو إخباراً للمكاتب » . (كلمة ابن مابدين ٢ ص ٧٨ - ص ٨٢) .

نص صريح في هذا المعنى، إذ تنفي الفقرة الأولى من المادة ٤٦٣ من هذا القانون بأنه «يشترط ألا يكون المقر به مجهولاً جهالة فاحشة، أما الجهالة البسيطة فلا تكون مانعاً من صحة الإقرار»<sup>(١)</sup>.

ويجب بزيادة أن يكون محل الإقرار لا يكذب ظاهر الحال، وإلا كان إقراراً صورياً لا قيمة له. وقد ورد في القانونين اللذين أقرهما أيضاً نص على هذا الحكم، إذ تنفي المادة ٤٦٥ من هذا القانون بأنه «يشترط ألا يكذب ظاهر الحال الإقرار، فلو أقر شخص بينة آخر أكبر منه في السن لا يصح إقراره»<sup>(٢)</sup>.

ويجب أخيراً أن يكون محل الإقرار - مما يجوز التعامل فيه - فالإقرار بشيء مخالف للقانون أو للنظام العام أو للأداب غير صحيح. ويتربط على ذلك أنه لا يصح الإقرار بدين مراعاة أو قفل، ولا الإقرار بالتعامل في المضادات، ولا الإقرار بفوائد تزيد على الحد المسموح به قانوناً، ولا الإقرار بائجار منزل العمارة، ولا الإقرار باتفاق على ارتكاب جريمة. وهذا لا يمنع من قبول هذا الإقرار في المسؤولية الجنائية<sup>(٣)</sup>.

«وجه في طرق القضاء: «أما الإقرار فإن الحق يثبت به بدون حكم، وإنما يقره القاضي بطلب ما لمز به إقراره، وليس لزوم الحق بالقضاء، لئلا يثبت الإقرار من طرق القضاء إنما هو بحسب الظاهر، وإلا فالحق يثبت به لا بالقضاء - والهيئة طرق القضاء بالإجماع، والقاضي لا يثبت بها حتى يحصل بها القضاء. واليمين ليست طريقاً للقضاء، لأن المنكر إذا حلف وصحز المضي عن الهيئة يترك المضي في يده لعدم قدرة القاضي على إثباته لا قضاء له يمينه... والقول طريق القضاء عند أصحابنا، والفرق بينه وبين الإقرار أن الإقرار موجب للحق بطلبه، وأما القول فلا يوجب الحق إلا إذا اتصل به القضاء (طرق القضاء في الفريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٧ - ص ٨).

(١) وتنص المادة ٤٦٤ من القانون المدني العراقي على ما يأتي: ١٥ - كما يصح الإقرار بالمعلوم يصح الإقرار بالمجهول، إلا في الشؤون التي لا تصح مع الجهالة، ٢ - «لو أقر أحد بأمانة أو سرقة أو نصب صح إقراره، ويطلب منه تعيين الأمانة المجهولة أو المال المسرقة أو المصوب. أما إذا أقر ببيع أو استعجار شيء غير معلوم، فلا يصح إقراره».

(٢) انظر أيضاً المادة ٩٧ من قانون الميقات السوري، وهي منقولة من المادة ٤٦٥ من القانونين اللذين أقرهما، وانظر للمادة ١٥٧٧ من المحلة وشرح سليم بقر ص ٨٦٣ - ص ٨٦٤.

(٣) المبرز للفرق ص ٦٨٥ - وقد قضت محكمة خطا فكلية بأن الفريعة الإسلامية افترضت لصحة الإقرار فيما يتعلق بالقر به ألا يكون عملاً فرعياً أي لا يندفع الفرع بطلبه، لأن كان بطلاناً فرعياً لم يسلل للقر بفساده، والإقرار به يكون بطلاناً فرعياً فرعياً، حتى -

ويصح الإقرار في التصرف أيا كانت قيمته ، ولو زادت على نصاب القيمة ،  
فالإقرار كما قلنا حجة مطلقة (١) .

٢٥١ - **الركن الثالث - أمام الفصل :** وهذا الركن هو الذي يميز  
الإقرار القضائي عن الإقرار غير القضائي ، ويكمله الركن الرابع وهو أن يكون  
صادراً أثناء السير في الدعوى .

— إذا أخذ المقر له من المقر المال المقر به كان المقر أن يسترده منه ثانية لأنه أخذه منه وبغير وجه  
شرعي . ومثل الإقرار بالمحال شرعى أن يقر إنسان بقدر من السهام لوارث أكثر ما هو  
مقدر له شرعاً ، ومثل هذا الإقرار باطل في نظر الشرع ، وإقرار المورث لأحد الورثة بدين  
لإثارة له على بقية الورثة ولو كتبت به وثيقة لأنه إقرار بغير محال شرعاً ، ومن قبيله إقرار  
الرجل لزوجه بغيرها بعد أن تبرئه منه أو بعد أن تبرئه له أو إقراره لها بنفقة مدة ماضية هي  
فيها نافذة من غير سبق قضاء أو رضاع مع اعتناقها بذلك . فهذه الإقرارات جميعها باطلة شرعاً  
لأنها إقرارات بأشياء يحكم الشرع بطلانها بطلاناً كلياً (٢) يولييه سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم  
٢٠٧ ص ٤٤٣ .

هذا وقد قلنا أن الإقرار لا يرد إلا على مسألة من مسائل الواقع ، فلا يرد على مسألة من  
مسائل القانون . فالإقرار الصادر من أحد المتنازعين يوصف عقد بأنه بيع وفاء لا رهن لا يعتبر  
حجة على المقر لأنه ليس لإقراراً بلمة ، وإنما هو إقرار يوصف عقد من الوجهة القانونية ،  
وهذا الوصف لم يغير شيئاً من حقيقته ، ولا يقيد الحكمة ما دام أنه غير مطابق للأركان التي اشترط  
القانون وجوب توافرها ( استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٥٠  
ص ٣١٤ — وانظر أيضاً : استئناف مصر ٢٨ يولييه سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/١٣٢  
ص ٢٤٨ ) .

وبورد في باب المسائل التي لا يصح فيها الإقرار على النحو الآتي : (١) لا يصح الإقرار  
فيما يحرم القانون الإقرار به من الأعيان ترجع إلى الخفية من الاحتيال والتعاطل ، وذلك كما في  
فصل الأموال (séparation de biens) والطلاق ونحو ذلك . (٢) لا يصح الإقرار بمكسب  
ما قلعي به قرينة قانونية قاطعة تنصير من النظام العام . (٣) لا يصح الإقرار فيما يجب إنكار  
صحة من ضمن بالتزوير . (٤) لا يصح الإقرار بالإثبات وجود عقد شكل (٥) لا يصح الإقرار  
في مسائل أحوال المدنية (état) والقبض . (٦) لا يصح ٣ نفقة ١٠١٥ ص ١٠٣٨ —  
ص ١٠٣١ . ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المسمى ما يأتي : « ويقبل  
الإقرار ، كقاعدة عامة ، في جميع المواد ولو كانت قيمة المدعى به تتجاوز عشرة جنيهات ،  
ما لم يقض القانون بغير ذلك : كما لو كان الإثبات معلقاً بالبيانات التي يسلّم بها وصف الرسمية  
في محرر رسمي ، أو بالتصرفات التي يشترط لانتقادها شكل خاص ، أو بالمسائل المتصلة بالنظام  
العام » (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٤٢٢) .

(١) : حيلك ٨ نفقة ٣٤٩ — بومدي وهارد : نفقة ٢٧٠٢ .

فالإقرار الذى لا يصلو أمام القضاء لا يعد إقراراً قضائياً . ويعتبر قضاءا  
كل جهة نظمها القانون من جهات القضاء ، فلا يقتصر ذلك على القضاء المدنى  
وحده . ويعتد بالإقرار الصادر أمام القضاء التجارى ، والقضاء الإدارى ،  
والقضاء الشرعى ، والقضاء الملى . كذلك يعتد بالإقرار الصادر فى دعوى مسئولية  
مدنية مرفوعة أمام القضاء الجنائى ، وبالإقرار الصادر أمام قاضى التحفيز .  
وأمام القاضى المنتدب لوضع القرار فى محكمة القضاء الإدارى والقاضى  
المنتدب لتحقيق أو للاستجواب . بل إن الإقرار يصدر عادة أثناء الاستجواب ،  
فوجب أن يكون صحيحاً إذا صدر أمام القاضى المنتدب لهذا الغرض .

ويجب أن يصدر الإقرار أمام محكمة مختصة اختصاصاً وموضوعاً على الأقل<sup>(١)</sup> .  
ويجوز أن يصدر الإقرار أمام المحكمين (arbitres)<sup>(٢)</sup> .

ولكن الإقرار الصادر أمام النيابة العامة أو النيابة الحسبية أو الخبير أو المحقق  
الإدارى لا يعتبر إقراراً قضائياً ، لأن هذه الجهات ليست بجهات قضاء<sup>(٣)</sup> .

**٢٥٢ - الركن الرابع - إنشاء سير الدعوى :** ولا يكتفى أن يصدر  
الإقرار أمام القضاء ، بل يجب أن يصدر أيضاً فى خلال إجراءات الدعوى التى  
يكون الإقرار فيها دليل الإثبات . فيصح أن يكون فى صحيفة الدعوى ذاتها ،  
أو فى المذكرات التى تليها ، أو فى المذكرات التى يرد بها على الدعوى . ويصح  
أن يكون أمام القاضى المنتدب لتحقيق . وأكثر ما يكون ، كما قلنا ، فى خلال  
استجواب تقرره المحكمة . ويجوز أن يصدر أمام المحكمة نفسها فى جلسة من جلسات

(١) استئناف مسقط أول أبريل سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٩٩ .

(٢) نفس قرنى ٢٠ مارس سنة ١٨٦٥ سيرة ٦١ - ١ - ٦١ - أبريل ١٢  
ص ١١٢ - بومدى وهارد ٤ فقرة ٢٧٠٤ - ٣٨٠ - بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٠٦ .

(٣) وقد قست محكمة استئناف مصر بأنه لى يكون الإقرار قانونياً ودليلاً فاعلاً يجب أن  
يصدر فى أثناء سير الدعوى وأمام المحكمة التى تنتظر النزاع ، فلا يكتفى صدوره أثناء التفتيشات  
الجنائية التى تجريها النيابة ما دام المقرر لم يصدر على إقراره ويردده أمام المحكمة ، خصوصاً إذا  
سبه يصريح للعبارة مدعى أنه صدرت بسبب الاضطراب الذى كان واقعاً فيه وقت اتهامه  
جنائياً - والاعتراف الذى يصدر فى المسائل الجنائية لا يعتبر فيها إثباتاً تاماً ما لم تبرز ظروف  
أخرى ، فلا يمكن أن تكون له أمام المحكمة الدلية أهمية أكثر من اعتبارها مجرد قرينة على  
الوقائع (استئناف مصر ٢٩ فبراير سنة ١٩٢٢ المحللة ٣ رقم ٢٥٥ ص ٢٢٧) .

المرافعة ، كما يجوز أن يصدر عند إبداء الطلبات الختامية وقبل إقفال باب المرافعة .  
بل يجوز أن يُلْ إقفال باب المرافعة في مذكرات تقدم من الخصوم يرد فيها بعضهم  
على بعض ، فيصدر من أحد الخصوم إقرار في مذكرته . وهكذا يجوز أن  
يصدر الإقرار إلى وقت التعلق بالحكم <sup>(١)</sup> .

ولكن الإقرار الذي يصدر في إحدى الدعاوى ، فيكون فيها إقراراً قضائياً ،  
لا يكون في دعوى أخرى ، ولو بين الخصمين وفي نفس الواقعة ، له قوة الإقرار  
القضائي ، ذلك أن الإقرار القضائي مقصور قوته على الدعوى التي صدر فيها ،  
فإذا تمسك به الخصم المقرر له أو الغير في دعوى أخرى تالية ، كان الإقرار بالنسبة  
إلى هذه الدعوى التالية إقراراً غير قضائي . فلو أن خصماً أقر لخصمه أنه اشترى  
من الغير الأرض التي يتنازع فيها ، وكان هذا في دعوى من دعاوى الحيازة ،  
فإن إقراره هذا يعد إقراراً قضائياً في دعوى الحيازة التي صدر فيها الإقرار .  
ولو أراد الخصم الذي صدر الإقرار له أن يتمسك بهذا الإقرار في دعوى الملكية ،  
وهي غير دعوى الحيازة ، كان له أن يفعل ذلك ولكن على أنه إقرار غير  
قضائي <sup>(٢)</sup> . ويستقيم هذا الحكم مع تأصيل الإقرار من أنه زول من المقرر عن  
حقه في مطالبة خصمه بالإثبات ، فقد زل المقرر في دعوى الحيازة عن مطالبة  
خصمه بإثبات شرائه للأرض من الغير ، وإذا كان قد زل عن هذه المطالبة  
في دعوى الحيازة فلا يستخلص من هذا نزوله عن المطالبة بهذا الإثبات في دعوى  
الملكية . فهو قد زل عن المطالبة بالإثبات في دعوى مينة دون غيرها

---

(١) أما الأقوال التي يهدى الخصم تأييداً لطلباته ، والطلبات التي تصدر منه تنزراً لخصمه  
فإنها لا تعتبر إقراراً قضائياً ( بنى سوف ١٤ أكتوبر سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٥ ص ٢٧ ) . وقد  
قضت محكمة مصر الكلية بأن مجرد المناقشات التي تأتى على لسان الخصم في المرافعة لتأييد الوسائل  
التي يبنى عليها دفاعه لا تعتبر إقراراً قضائياً ( قضاء مستعجل ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٤ الحاماة ١٥  
رقم ٢/١٦٦ ص ٣٦٥ ) .

(٢) أوبزى ورو ١٢ ص ١١٢ — بودوى وبارد ٤ فقرة ٢٧٠٥ — أنظر مكرر ذلك  
وأن الإقرار القضائي في دعوى يند إقراراً قضائياً أيضاً في دعوى أخرى ماركاديه م ١٣٥٦  
فقرة ٢ ورونيه ١ فقرة ٣٥٠ ، وانظر في مناقشة هذا الرأي وتفنيد أوبري ورو ١٢ ص ١١١  
جامش رقم ٧ : والإقرار القضائي الصادر في الدعوى المستجلة لا يصلح إلا لإقراراً غير قضائي  
في دعوى الموضوع ( نفس فرنسي ١١ مارس سنة ١٩٥٠ قبلتان المدنية ١٩٥٠ — ١٠١ — ٥٢  
فقرة ٧١ — استيكولومبي دالوز في القانون المدني Preuve فقرة ٩٢٨ ) .

من المحلوى ، فأنزول الزول يجب أن يكون مقصوداً على هذه المعنى (١).

كذلك الإقرار أمام محكمة غير مختصة من ناحية الولاية أو من ناحية الاختصاص الموضوعي لا يعد إقراراً قضائياً ، بخلاف الإقرار أمام محكمة غير مختصة من ناحية المكان ، فذلك أن أحكام الاختصاص من ناحية الولاية ومن ناحية الموضوع تعد من النظام العام أما أحكام الاختصاص من ناحية المكان فليست كذلك (٢).  
فالإقرار أمام محكمة شرعية في قضية المختص بها هي المحكمة الوطنية لا يكون أمام

- (١) قارن باتون في تعليقه على أوربي ورو ١٢ ص ١١١ حاشي رقم ٧ — أنظر الموجز المؤلف من ٦٨٤ حاشي رقم ٣ والأحكام المشار إليها في هذا الحاشي — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن إقرار خصم في قضية وضع اليد لا يعتبر إقراراً قضائياً في قضية الملك (٧ يوليو سنة ١٩٢٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٩ ص ٥٣٨) — وقضت محكمة قنا ككلية بأنه إذا لم يصرخص بأمر في دعوى تمزيق لحجة فلا يصح التمسك بالإقرار في دعوى أخرى متعلقة بذلك الأمر ، ولا يمكن احتبار إقراره أكثر من قرينة غير كافية تقبل إثبات ما ينطبع (١٧ نوفمبر سنة ١٩٢١ المحاماة ١٣ رقم ٨٨ ص ٢٠٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أحسن في الدعوى بإقرار صدر في دعوى أخرى من أحد الخصمين في خصوص الحق المسمى به فلم تأخذ المحكمة به ، فلا يصح أن يمس عليها أنها لم تعدره إقراراً قضائياً ما دام هو — فضلاً عن صدوره في دعوى أخرى — قد صدر من طرف واحد ولم يصادف أيدي (كلاً) من الطرفين الآخر (نقض مدني ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجوعة حر ٤ رقم ٨١ ص ٢٢١) . وقد رأينا أن القبول — خلافاً لما ذهب إليه محكمة النقض — ليس ضرورياً لقيام الإقرار . وقد قضت محكمة الدنيا ككلية بأن مجرد إعلان المذكرة من خصم لأخر يكسب هذا الآخر حقاً ، والقول بأن هذا الخصم لا يمسك بالاعتراف الواردة بها مبرور بأنه لا يفترض قبول الخصم للاعتراف متى تكون له قوة قانونية إذ له قوة في الإثبات بمجرد حصوله (الدنيا ككلية ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٢٧١ ص ٧٤٧) — أما إذا كان الإقرار الصادر في إحدى المحلوى هو — في حقيقة قبول لإيجاب ، فإن هذا القبول يبري في أية دعوى أخرى . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان بين من المسود الرسمية حضور جلسة دعوى الفرد المكلفة من الطعان قبل الطعن عليه أن ما صدر من هذا الأخير لم يكن إقراراً من دافعة متنازع فيها ، بل كان قبولاً له لإيجاب من الطعان انطه به الاتفاق فلا بين الطرفين على تحديد أعيان فقدان يتبع معين فنزل الطعان عن دعوى الفرد ، وكانت المحكمة إذ لم تصل أمر هذا الاتفاق في دعوى المطالبة بالأجرة أنقضت قضائاً على أنه إقرار صادر في دعوى أخرى ولا يصح اتساع به في الدعوى المالية ، فإنها تكون قد خالفت القانون (نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٥٢ : مجوعة أحكام للنقض ٥ رقم ٢٢ ص ١٧٠) .
- (٢) وقد أصبحت قواعد الإختصاص الموضوعي في تقنين نظريات المجدد (م ١٣٤) من النظام العام ، وقد كانت كذلك في تقنين المرافعات المقتطع ولم تكن من النظام العام في تقنين المرافعات الأهل السابق (أنظر الموجز المؤلف من ٦٨٤) .

هذه المحكمة الأخيرة إقراراً قضائياً ، بل هو إقرار غير قضائي . والإقرار أمام المحكمة الجبلية في قضية المخصص فيها هي المحكمة الكلية يكون إقراراً غير قضائي بالنسبة إلى هذه المحكمة الأخيرة .

والإقرار خارج إجراءات الدعوى وله في الوقت الذي تنظر فيه الدعوى لا يكون إقراراً قضائياً . فلو أن خصماً أرسل كتاباً لخصمه ، أثناء نظر الدعوى للقائمة بينهما ، يتضمن إقراراً ، وتمسك الخصم المقرر له بهذا الكتاب أمام المحكمة ، فإن الإقرار في هذه الحالة يعد إقراراً غير قضائي . كذلك يعد إقراراً غير قضائي ما يذكر في نظم مرفوع إلى الجهة الإدارية ولو كان هذا النظم متعلقاً بدعوى كانت مرفوعة وقت تقديم النظم أمام محكمة مدنية (١) .

## الفرع الثاني

### حجية الإقرار

٢٥٣- النص من القانون: تنص المادة ٤٠٩ من القانون المدني على مايلي :

١- الإقرار حجة قاطعة على المقر .

٢- ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه ، إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود الواقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى (٢) .

(١) لورييه ورو ١٢ ص ١١٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٤٧ من المشروع النهائي من وجه مطابق لما استقر عليه في القانون الجديد ، هذا الفقرة الأولى فقد كانت في المشروع النهائي على الوجه الآتي : « الإقرار حجة قاطعة على من صدر منه » ، فحذرت في لجنة المراجعة تحريراً لفظياً وأصبحت : « الإقرار حجة قاطعة على المقر » . وأصبح رقم المادة ٤٢٢ من المشروع النهائي . وألغوا مجلس النواب ، ثم لجنة المشروع تحت رقم ٤٠٩ ، ثم مجلس الشيوخ ( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٤٢٥ و ص ٤٤١ ) .



ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق للمادة ٢٩٨/٢٣٣<sup>(١)</sup>.

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون الينيات السوري المادتين ١٠٠ - ١٠١ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادتين ٢٢٦ - ٢٢٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٩٧<sup>(٢)</sup>.

(١) كانت المادة ٢٩٨/٢٣٣ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « لا يجوز الإقرار بالحصول من الخصم بالحكمة ، سواء كان من تلقاء نفسه أو بعد استجوابه ، بمعنى أنه لا يُلجأ لفرضه بالمقرر ويترك الصالح له » . والتقنين الجديد ، كما نرى ، أدق صياغة وأكمل حكماً . ولكن لا فرق في الأحكام ما بين التقنينين الجديد والقديم .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون الينيات السوري م ١٠٠ : الإقرار حجة قاصرة على المقر — م ١٠١ : مطابقة لفقرة الثالثة من المادة ٤٠٩ من التقنين المصري . (وقد عرض القانون السوري في حجية الإقرار إلى قصورها على المقر لا إلى قطعيها ، وكل من القصور والقطعية من خصائص الإقرار) .

التقنين المدني العراقي م ٤٦٩ : الإقرار حجة قاصرة على المقر — م ٤٧٠ : مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٤٠٩ من التقنين المصري . (والتقنين العراقي مطابق لقانون الينيات السوري) .  
تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٢٦ : يسي الإقرار موصوفاً عندما يقتصر على الفعل الذي صرح به الفريق الآخر إلا أنه يفسد نتائج القانونية بما يقتضيه عليه من البيانات الإضافية . وهذا الإقرار يفيد الثبوت التام فيما يختص بالفعل الأصل ، أما البيانات الإضافية ففقد ثابتة إلى أن يثبت عكسها — م ٢٢٧ : يسي الإقرار مركباً عندما يكون واقعاً على الفعل الأصل وعلى فعل آخر مما ، ويكون غير قابل للتجزئة في حالة واحدة وهي إذا كان الفعل الجديد يقترن به وجود للفعل الأصل كأن يترتب المدينون الذي أثبت عليه دعوى الإيفاء بأنه اقترض المبلغ المدعى به ولكنه يزعم على إثره أنه أوفاه فيما بعد ، فالقاضي يمد فعل الافتراض ثابتاً على وجه نهائي ، أما الإيفاء فيثبت ثابتاً إلى أن يثبت عكسها . ( وهذه الأحكام تنطبق مع أحكام القانون المصري ، وإن كانت أكثر تفصيلاً ولها صيغة فقهية واضحة ) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٣٩٧ : ١ - الإقرار حجة قاطعة على المقر ٢ - وإذا اتفق الإقرار الصادر من أحد الطرفين من وثائق ليست لصالحه بالتصريح بوثائق أخرى أو بطرف يرد منها الحد من أثر الواقعة المقر بها أو تغييرها أو إلزاق آثارها ، فلكل الإقرار وما اتفق به قوة اليقينة الكاملة إذا لم يظن الطرف الآخر في صحة ما أضيف من وثائق أو ظروف . ويترك القاضي عند الاختلاف ، تقدير قوة الإقرار كميته . ( ومن ذلك نرى أن التقنين الليبي ترك القاضي تقدير ما إذا كان الإقرار ينجزاً على صاحبه أو لا ينجزاً ، ولم يضع لذلك معياراً قسرياً كما فعل التقنين المصري ) .

وقابل في الثنتين للمدنى الفرنسي المادة ١٣٥٦ (١).

٢٥٤ - مسائل تطرأت : ويتبين من نص الثنتين للمدنى السالف الذكر أن الإقرار حجة قاطعة على المقر ، وهو أيضاً حجة قاصرة عليه . ثم إن الإقرار في الأصل لا يتجزأ على صاحبه ، ومع ذلك يتجزأ الإقرار إذا انصب على وقائع متعددة دون أن يستلزم وجود واقعة منها وجود الوقائع الأخرى .  
فعدنا إذن مسائل ثلاث : (١) الإقرار حجة قاطعة على المقر . (٢) الإقرار حجة قاصرة على المقر . (٣) تجزئة الإقرار .

## المبحث الأول

### الإقرار حجة قاطعة على المقر

٢٥٥ - الإقرار حجة قاطعة على المقر لا يقبل إثبات العكس ، وهو ذو أثر فاسف : إذا توالف للإقرار أركانه على الوجه الذي ينشأ ، صار إقراراً قضائياً ، وكان حجة قاطعة على المقر . ومعنى ذلك أن الواقعة التي أقر بها الخصم تصبح في غير حاجة إلى الإثبات ، ويأخذ بها القاضي واقعة ثابتة بالنسبة إلى الخصم الذي أقر بها (٢) . والإقرار لا يكون حجة للمقر لأن الشخص

---

(١) الثنتين للمدنى الفرنسي ١٣٥٦ : وهو (الإقرار) حجة قاطعة على من صدرت . ولا يجوز عليه . ولا يجوز له الرجوع فيه إلا إذا ثبت أنه صدر عن غلط في الوقائع ، أما الغلط في القانون فلا يصلح حجة لرجوع .

Art. 1356 et. 2 et 3 : Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait. Il ne peut être dénié, contre lui. Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit.

(٢) والقاضي قد يأخذ بالإقرار لها يكون من غير اختصاصه . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان القاضي ممنوعاً من أن يضع نفسه موضع القاضي الشرعي في تحقيق الوقائع والورثة بطريق التصريحات وسماع الشهود واستعمال الورثة لسلاح اقترانهم ثم التقرير بالورثة بهذا على ما يثبت له — أنه وإن كان ممنوعاً من ذلك ، له ، إعطاء المحققين من صفة الخصم في الدعوى .

لا يصطنع الدليل لنفسه ، ولا يكون لإحجة عليه .

والحجة هنا قاطعة ، لا يجوز إثبات عكسها . ولكن هذا لا يمنع من أن يظن المقر في إقراره بأنه صوري توافقاً عليه مع خصمه ، أو أنه وقع نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه ، أو أنه صدر منه وهو ناقص الأهلية . فإذا أثبت ذلك بالطرق الجائزة قانوناً بطل الإقرار ، ولا يكون هذا رجوعاً في إقرار موجود ، بل هو إلغاء لإقرار ظهر بطلانه . أما الإقرار القائم للصحيح فلا يجوز الرجوع فيه ، ولا يجوز إثبات عكسه ، فهو إذن حجة قاطعة على المقر<sup>(١)</sup> .

وأثر الإقرار كاشف لا منشيء . وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار لا يكون سبباً لمذلوله ، وإنما هو دليل تقدم الاستحقاق عليه في زمن سابق فتحكمه ظهور ما أقر به المقر ، لا لبوته ابتداء<sup>(٢)</sup> .

## ٢٥٦ - تأصيل الحجة القاطعة لإقراره - إعفاء الخصم من الإثبات

ونزول عن مطالبته به : واختلف النظر في تأصيل الحجة القاطعة للإقرار . فلفقيهان أوربي ورو - ومعهما أكثر الفقهاء - يلحجان إلى أن الإقرار هو قلب لصد الإثبات (renversement de la charge de preuve) ، وبعد أن كان من يدهي واقعة يطالب بالثباتها ، فإن إقرار خصمه بهذه الواقعة ينقل عبء الإثبات منه إلى المقر . والمقر بعد إقراره هو الذي يحمل إثبات أن إقراره غير صحيح ، وذلك بالظن في الإقرار بوجه من الوجوه التي تقدم ذكرها . ولما كانت

---

= المطروحة أمامه ، أن يأخذ في إثبات القرواية بإقرار أحد الخصمين في مجلس القضاء ، سواء أكان ذلك الإقرار حصل أمامه أم أمام غيره ودون في ورقة رسمية ، وذلك دون أن يرسل أولئك الخصوم أمام المحكمة للترسية لفصل في أمر القرواية . وأخذه بهذا الإقرار لا اثبات فيه على الخصم لقائسي القرواية لغيره لغيره لغيره من الحق في تقديم الدليل المقدم في الدعوى التي تحت نظر . (نقض مدني ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٩ ص ١٠٨) .

(١) انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات لقرنة ١١٣ .

(٢) نقض مدني ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢٢ ص ١٠٤٦ - ونقض أيضاً بأنه من أثبتت محكمة الموضع في حكمها أن الإقرار المسند للمقر هو إخبار صادق من حقيقة واقعة لا شبهة فيها ولا شك ، فلا يغير هذا الإخبار الصحيح أن يكون له أصل فكل حكم يبيح (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٩ ص ٧٩٨) .

هذه الوجوه ينذر بمحققها ، فقل أن يكون الإقرار صورياً وقل أن يشوبه حيب أو نقص في الأهلية ، فإن الإقرار يصبح إذن ، في الكثرة الغالبة من الأحوال ، ليس قلباً لعبه الإثبات فحسب ، بل إطفاء من الإثبات (dispono de preuve). ذلك أن التلصم إذا ادعى واقعة وجب عليه إثباتها . فإذا أقر خصمه بهذه الواقعة ، كان هذا معناه أنه يفغيه من هذا الإثبات . فتصبح الواقعة ثابتة ، لا لأن دليلاً أثبتنا ، بل لأنها في غير حاجة إلى الإثبات (١) .

ويضيف بارتان (٢) إلى ذلك أن التأسيس على النحو المتقدم يتضمن حتماً المقر ، وهو يعنى خصمه من إثبات ما يدعيه ، ينزل في الوقت ذاته عن حقه في مطالبة خصمه بهذا الإثبات . وهذا هو التأسيس للشيء وقتنا عنده ، عندما نقرونا أن الإقرار واقعة قانونية تتضمن تصرفاً قانونياً هو نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه بالإثبات (٣) .

(١) ويبدو أن حكمة النقض تلعب هذا الملعب ، فقد قضت بأن القانون يكلف المضي إثباته الدليل على دعواه ، إلا إذا سلم له خصمه بها أو ببعضها ، فإنه يطلبه من إقامة الدلائل على ما أقرت به . فإذا أقرت شخص بأن الأرض موضوع النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة ولكنه تملكها بالانضمام ، ثم بحث المحكمة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لها وقضت بعدم كفايتها لإثبات الملكية ، لأنها تكون قد خالفت للقانون بالقضائها دليلاً على أمر متصرف به (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة محرر ١ رقم ١٤٢ ص ٢٦٠) .

(٢) بارتان في تعليقه على أوربي ورو ١٢ بقرة ٧٥١ ص ١١٦ عامل رقم ١٨ مكرر .  
(٣) غير أن بارتان لا يمكن جعلاً للتأسيس حتى مع هذه الإضافة ، فإن الإقرار إذا أصررتدلا عن حق المطالبة بالإثبات يكون مثله دليلاً سليماً . ويقول بارتان ( أوربي ورو ١٢ بقرة ٧٥١ ص ١١٦ عامل رقم ١٨ مكرر ) : ولكن الواقع هو أن الإثبات دليل إيجابي ، فإن المقر لا يقتصر على النزول عن حقه في مطالبة المضي بالإثبات ، بل هو أيضاً يقدم دليلاً إيجابياً على صحة الواقعة المضي بها ، وذلك عن طريق الإقرار — إذ الإقرار يتضمن والتعيين : واقعة الإقرار ذاتها (le fait de l'aveu) ، والواقعة المعترف بها (le fait avoué) . فواقعة الإقرار ذاتها هي الحاجة بقول المقر . ولا يمكن تعليلها بالتسلل من أنها مطابقة للواقعة المعترف بها ، وإلا لما أقرت بها المقر وهي ضد مصلحة . ومن ثم تكون واقعة الإقرار (le fait de l'aveu) قائمة قانونية قائمة على صحة الواقعة المعترف بها (le fait avoué) . (أنظر أيضاً في هذا المضي بالنيول وديير وجابولد ٧ بقرة ١٥٦٢ ص ١٠٣٥ - ص ١٠٣٦ ص ٢ بيج ٣ ص ١٠٣٧ - ص ١٠٣٨ ) ، وخلال حد التقنين المدني الفرنسي في المادة ١٣٥٠ الإقرار ضمن القرائن القانونية .

وهو جاء في المذكرة الإيضاحية المقروءة في هذه المسألة ما يلي : « والأصل =

٢٥٧ - قد يكون الإقرار صريحاً ثبتت بالكتابة: وإذا كان الإقرار حجة قاطعة بالواقعة التي تضمنتها بالذات، فإنه يصلح أيضاً أن يكون مبدأً لثبوت بالكتابة لواقعة متصلة بالواقعة التي تضمنتها بالذات. وقد سبق إيراد هذه القاطعة وأمثلةها. ويسوق أوبري ورويلاً مثلاً إقرار الزوج بتوكيل زوجته بقبض الثوالث، فهذا الإقرار حجة قاطعة بالنسبة إلى واقعة التوكيل بقبض الثوالث، ومبدأً لثبوت بالكتابة بالنسبة إلى واقعة التوكيل بقبض رأس المال<sup>(١)</sup>. وسرى أيضاً فيما يلي أن الإقرار غير القابل للتجزئة - الإقرار الموصوف وبعض صور الإقرار المركب - إذا كانت تجزئته غير ممكنة، فإن هذا لا يحول دون اعتباره مبدأً لثبوت بالكتابة<sup>(٢)</sup>.

## المبحث الثاني

### الإقرار حجة قاصرة على المقر

٢٥٨ - الإقرار محبذ على المقر والمخلف العام ولا ينعى إلى غيرهما: ولما كان الإقرار هو إعفاء من الإثبات ونزول عن المطالبة بهذا الحق، فهو من هذه الناحية تصرف قانوني يقتصر أثره على المقر<sup>(٣)</sup>. ويتعدى أثر الإقرار إلى ورثة المقر بصفتهم خلفاً عاماً له، فيصح الاحتجاج عليهم بما حواه إقراره<sup>(٤)</sup>.

١ - وجوب إقامة الدليل على كل واقعة قانونية إذا نوزعت أو أنكرت. ولما كان الإقرار أمراً واقعاً بواقعة قانونية، فهذه الواقعة لا يجب بعد ذلك إثباتها، لأنها ليست متنازعة أو مجسدة، بل هي سلطة معترف بها. فالإقرار ليس دليلاً بمعنى الكلمة، بل هو وسيلة لتقليل من الانحياز إلى طرق الإثبات التي شرعها القانون<sup>(٥)</sup> (مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٣٢).

(١) أوبري ورويل ١٢ ص ١٢٨ حاشي رقم ٣٥.

(٢) نقض مدف ٩ يولية سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٣ ص ٧٩٧ - أوبري ورويل ١٢ ص ١٢٨.

(٣) وقد نصت المادة ٤٦٩ من القانون المدني العراقي على أن: «الإقرار حجة قاصرة على المقر» (انظر أيضاً المادة ١٠٠ من قانون الميراث السوري) وقد قلنا أن كلا من الإقرار واليمين حبيبه قاصرة، أما الكتابة واليمين والقرائن فحبيبه متصلة.

(٤) نقض مدف ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٣ ص ٤٤٠ - على أن القرائن يستطيع أن يثبت عدم صحة إقرار مورث بجميع الطرق إذا كان في هذا الإقرار

ولا يصدى أثر الإقرار إلى غير المقر وورثته <sup>(١)</sup> . فلا يتعلق إلى الدائن <sup>(٢)</sup> ، أو الشريك أو الورثة فيما بينهم . فلو أقر أحد الشركاء في الشيوع بتصرف الشركاء في الملك الشائع ، كان إقراره بهذا التصرف حجة عليه وحده ، ولا يكون حجة على الشركاء الآخرين الذين لم يصدر منهم إقرار . ولو أقر أحد الورثة بحق على التركة ، فإن إقراره يكون حجة عليه دون سائر الورثة <sup>(٣)</sup> . ولو أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقيين (م ٢٩٥ فقرة أولى مدني) ، ويكون الإقرار حجة قاصرة على المدين الذي صدر منه الإقرار .

والدائن والخلف الخاص ، بخلاف الورثة ، لا يتعلق إليهما أثر الإقرار كما قلنا . فإذا أقر المدي عليه في دعوى استحقاق دار ملكية الدار المدي ، لم يكن هذا الإقرار حجة على دائته ، ويجوز للدائن أن يتدخل في الدعوى ويثبت بجميع الطرق أن الإقرار غير صحيح ، حتى تبقى الدار للمدين فيستطيع أن ينفذ عليها بالدين . كذلك إذا كان المدي عليه في المثل المتقدم قد باع الدار لآخر ، ثم رفضت عليه دعوى الاستحقاق وأقر بملكية الدار للمدي ، فإن هذا الإقرار

---

= أحيال على القانون ، كما إذا قصد المورث بإقراره إثبات بعض الورثة على بعض بأكثر من النصاب الذي يجوز فيه الإيهام . وقد قضت محكمة النقض بأن إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها ، وإذا كان القانون قد أمضى من يفسد من الورثة بهذه الإقرارات من الإثبات الكتابي في حالة ما إذا طعنوا فيها بأنها في حقيقتها وصية قصد بها إثبات بعض الورثة ، فليس معنى هذا أن مجرد طعنهم فيها يكفي لإعدام صحتها هذه الإقرارات ، بل يجب لذلك أن يقيموا الدليل على عدم صحتها بأي طريق من طرق الإثبات (نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٩ ص ٢٤٩) . وقضت أيضاً بأن الوارث لا يعتبر من طبقة الغير بالنسبة إلى الإقرارات الصادرة من المورث ، ومن ثم فإنها تسرى عليه ، غير أنه لا أن يثبت بأي طريق من طرق الإثبات أن حقيقتها وصية قصد بها إثبات أحد الورثة إضراراً به (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٣ ص ١٩٣) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار حجة قاصرة على المقر وورثته من بعده ، فلا يجوز إعمال أثره على من عداهم (نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٥٥ ص ٣١٧) .

(٢) فلدائن أن يثبت بجميع الطرق صورية الإقرار الصادر من المدين إضراراً بحقه إما إذا لم يثبت الدائن عدم صحة إقرار المدين ، فلا الإقرار يسرى في حقه كما يسرى في حق الورثة (استئناف مخطوط ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣١٣) .

(٣) للموجز لفلولف ص ٦٨٥ والأحكام المشار إليها في حاشي رقم ٣ من الصفحة ذاتها .

يكون حجة قاصرة عليه دون المشتري ، ويستطيع هذا أن يتدخل في الدعوى ليثبت أن الإقرار لاصحة له حتى تخلص له ملكية الدار . وفي الحالتين المتقدمتين إذا حكم في الدعوى بمقتضى إقرار المدعى عليه قبل أن يتدخل الدائن أو المشتري ، فلهذين الاعتراض على الحكم اعتراض الخارج عن الخصومة وفقاً لأحكام المواد ٤٥٠ إلى ٤٥٦ من قانون المرافعات ، لإثبات عدم صحة الإقرار الصادر من المدعى عليه إذ هو حجة قاصرة عليه لا تمتد إلى الجنا ، ذلك أن الدائن أو المشتري كان وقت صدور الحكم ممن يمتد إلىهم الحكم ويعتبر حجة عليهم ، ومن ثم يثبت له حق الاعتراض .

أما الورثة ، فلو مات المدعى عليه بعد الإقرار وقبل الحكم في الدعوى ، فإن الإقرار لا يكون حجة عليهم ، ولم أن يثبتوا عدم صحته بجميع الطرق حتى تبقى إثبات في التركة : ولكن إذا صدر الحكم قبل موت المورث وفي مواجهته ، فإنه يسرى على الورثة ولا يثبت لهم حق الاعتراض . ذلك أنهم وقت صدور الحكم ضد مورثهم كان الحكم يسرى في حقهم باعتبارهم خلفاً عاماً ، فينبى الحكم سارياً في حقهم حتى بعد موت المورث وقيام حقهم في الإرث .

#### ٢٥٩ - الإقرار لا يكون حجة على المقر لصالحه : ويبقى الإقرار حجة

قاصرة على المقر حتى بالنسبة إلى المقر لصالحه . ذلك أن الإقرار إذا كان حجة المقر لصالحه ، فإنه لا يكون حجة عليه . فلو أن المدين أقر لدائته بالدين ، وقال إنه وفاه أو أن الدين سقط بعد ذلك بالمقاصة ، فلا يكون قوله إنه وفاه أو أن الدين سقط بالمقاصة حجة على الدائن<sup>(١)</sup> . وهذا ما يعرف بالتجزئة في الإقرار ، وننتقل الآن إليه

(١) وفي اللغة الإسقاط الإقرار حجة قاصرة على المقر . جاء في الهمام : «... لأن إقرار الإنسان حجة على نفسه لا على غيره لأنه على غيره شهادة أو دعوى» (الهمام ٧ ص ٢٢٨) . وللك آجاز الفقهاء ساج الهيئة بعد الإقرار ، لأن الإقرار قاصر والهيئة متصلة . جاء في كتاب طرق القضاء للاستاذ أحمد إبراهيم في هذا الصدد : «ومن أمثلة ذلك : (١) إذا أقر أحد الورثة بالدين على الميت ، فأراد هؤلاء الثلاثة الهيئة ليصدق الحكم على بقية الورثة ، كان له ذلك . وكذا إذا أقر جميع الورثة بالدين على الميت ، تقبل أيضاً بين هؤلاء ، لأنه كما يحتاج إلى إثبات الدين =

## المبحث الثالث

### التجزئة في الإقرار

٣٦٠ - الإقرار البسيط : إذا اقتصر الإقرار على تصديق المدعى

للمدعى عليه في جميع ما ادعاه ، فإن الإقرار يكون في هذه الحالة إقراراً بسيطاً محضاً (aveu pur et simple) ، ولا محل إذن للنظر فيها إذا كان يتجزأ أو لا يتجزأ .  
فلو أن المدعى قال في دعواه إنه أقرض المدعى عليه مائة ، فأقر المدعى عليه بأنه اقترض من المدعى المائة ولم يزد على ذلك شيئاً ، كان هذا إقراراً بسيطاً ، وكان حجة قاطعة على المدعى عليه . كذلك إذا قال المدعى إنه أقرض المدعى عليه مائة وفي منها خمسين فأقر المدعى عليه بأنه اقترض من المدعى المائة ووفي منها الخمسين ، أو قال المدعى إنه أقرض المدعى عليه مائة مؤجلة إلى سنتين فأقر المدعى عليه أنه اقترض المائة مؤجلة إلى السنتين ، كان الإقرار في هاتين الحالتين بسيطاً وكان حجة قاطعة على المدعى عليه . ولا محل هنا للنظر في تجزئة الإقرار ، فإن الوقائع المدعاة قد أقر المدعى عليه بها جميعاً ولم يصف إليها شيئاً ، فبم إذن تكون  
التجزئة !

---

حتى يفهم يحتاج أيضاً إلى إثباته في حق دائن آخر . (ب) إذا ادعى أنه وكيل فلان بقبض دينه من فلان ، فصدقه المدين ، ثم أراد الوكيل إقامة البيئة على الوكالة ، كان له ذلك ، إذ لو دفع المدين الدين إلى الوكيل بلا بيئة على الوكالة يتضرر لأنه لا تبرأ ذمته إذا أنكر الموكل الوكالة ، أم لا تبرأ ذمة المدين . فالقاعدة من البيئة قائمة على المدين ، وكذا على الوكيل أيضاً لأنها تنبت أن يده يد أمانة على ما قبضه حتى إذا حله كان حله حله على الأمانة . . . (ج) في الاستسقاء تقبل البيئة مع إقرار المشتري ، ليتسكن من الرجوع على بائه ، لأنه إذا أقر بالملك المنسحق لا يتسكن من الرجوع بائناً على البائع ، لكن لو أقيمت عليه البيئة أمكنه ذلك لأنها حجة تصدقية . (د) لو أقر الفوارث الموصى له تسع عليه البيئة مع إقراره ، كى يتسحق الحكم إلى غيره . (هـ) لو أقر المدين المحجور عليه بدين لإنسان آخر لا ينفذ إقراره ، لكن لو أقام هذاان المقر له بيئة على دينه سمى . (و) إذا ادعى حقاراً في يد غيره ملكاً حلقاً وذو اليد مقر بوضع يده ، فإنه مع هذا يجب على المدعى أن يقيم البيئة على وضع يده المدعى عليه على ذلك للقرار ، مثلاً القرائق والأحवाल على أغل أسواق الناس بالباطل (طرق التفتيش في القضية الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥) .



٣٦٦ - الإقرار الموصوف : لكن إذا أقر المدمى عليه ببعض ما ادعاه المدمى دون بعض أو أضاف شيئاً ، فهنا تقوم الحاجة إلى النظر في التجزئة . ذلك أن المدمى قد يقول في دعواه إنه أقرض المدمى عليه مائة مؤجلة إلى سنتين كما قدمنا ، وقد حل الأجل فاستحق الدفع . ويقر المدمى عليه بأنه أقرض المائة ولكن مؤجلة إلى ثلاث سنوات لا إلى سنتين ، فلم يحل الأجل ولم يستحق الدفع . فالإقرار هنا لا يكون إقراراً بسيطاً ، بل يكون إقراراً موصوفاً (avoué qualifié) . ذلك أن المدمى عليه لم يقر بالدين على الوجه الذي ذكره المدمى ، وهو دين مؤجل إلى سنتين وقد حل أجله فأصبح مستحقاً ، بل أقر بالدين ممدداً أى موصوفاً ، فقال إنه دين مؤجل إلى ثلاث سنوات ولم يحل الأجل فلم يصبح مستحقاً . والوصف هنا هو عدم حلول أجل الدين ، إذ الدائن يطالب بدين حال ، والمدين يقر بدين لم يحل . وقد يطالب الدائن أيضاً بدين منجز ، ويقر المدين بدين معلق على شرط . فكل من الأجل والشرط يعتبر وصفاً للدين ، فهو وصف في الإقرار ، ولذلك يسمى الإقرار موصوفاً .

والذي تجب مراعاته في الوصف هو أن يكون مقترناً بالدين وقت نشوئه ، لا أن يكون حادثاً جديده . والأجل والشرط وصفان يقترنان بالدين وقت نشوئه ، لا يجدان بعده ، ومن ثم يكون الإقرار المتضمن لهما إقراراً موصوفاً<sup>(١)</sup> .

وحكم الإقرار الموصوف أنه لا يتجزأ على صاحبه . فقد أقر المدين بالدين مؤجلاً أو معلقاً على شرط ، فاما أن يأخذ الدائن الإقرار كله موصوفاً كما هو ، وإما أن يدهه كله . وليس له أن يجزئه ، فيقتصر على إقرار المدين بالدين ويدع الوصف الذي دخل على الدين من أجل أو شرط . ويجتمع عليه إذن أن يقول إن المدين أقر بالقرض فهو ثابت في ذمته باقراره ، وعليه الآن أن يثبت أن القرض موصوف بأجل أو شرط . وإنما الدائن إما أن يأخذ بالإقرار كله ، فيعتبر الثابت هو الدين موصوفاً بالأجل أو الشرط ، وإما أن يطرزه

(١) يمان دويد ٩ فقرة ١٣١٥ — كذلك إذا أقر المدين بالدين دون فوائده ودعواه  
لأن أن الدين بطلاناً ، فهنا أيضاً إقرار موصوف (بلايول ودويد وجابوله ٧ فقرة  
١٥٧٠) .

كله ، فلا يعتبر الدين ثابتاً أصلاً بالإقرار . وعليه إذا طرح الإقرار أن يحصل عبه إثبات ما ادعاه ، فيعود إلى سيرته الأولى إذ هو مدع يحمل عبه الإثبات ، وقد كان بالإقرار الذى طرحه معنى من هذا العبء . وفي هذه الحالة يتعين على الثابت أن يثبت الدين ، وعلى المدين أن يثبت الأجل أو الشرط <sup>(١)</sup> . ويجوز أيضاً أن يتخذ الثابت من الإقرار طريقاً لإثبات القرض فى ذاته ، ثم يثبت هو - لا المدين - أن القرض قد حل أجله أو أنه غير معلق على شرط . وهذا كله مقصود من القول بعدم تجزئة الإقرار . قال الثابت بالتخيير ، إذا لم يرد الأخذ بالإقرار كله ، بين أن يطرحه كله ويحمل عبه إثبات دعواه كما لو لم يكن هناك أى إقرار ، وبين أن يستثنى من الإقرار ما هو فى صالحه ويدحض بدليل يقدمه هو ما ليس فى صالحه من الإقرار . والمتنع هو أن يستثنى ما هو فى صالحه ويلقى على القرض عبه إثبات ما ليس فى صالحه ، فإن هذا يعتبر تجزئة للإقرار ، ولا تصح التجزئة فى الإقرار الموصوف .

٣٦٢ - الإقرار المركب : وإذا قال المدمى فى دعواه إنه اقترض المدهى عليه مائة ، وأقر المدمى عليه بأنه اقترض المائة ولكنه وفاها أو وفى

(١) أوبرى ورد ١٢ ص ١٢١ . وقد نفى بأنه لا يجوز التسكع بعدم تجزئة الإقرار إذا قام حل الواقعة المراد إثباتها دليل آخر : استئناف مخطوط ٣٠ بتاريخ ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٦١ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٩ - ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٧٢ - ٢٩ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٤٤ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٦ - ١٨ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٣ - أول فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٠ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ - ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٠٢ - استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٣ . ونفت أيضاً محكمة النقض بأنه لا يصح الاضطرار بمخالفة قاعدة عدم جواز تجزئة الإقرار إذا كانت الدعوى قد ثبتت من طريق آخر غير الإقرار ( نقض مدعى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة حر ٣ رقم ٧٨ ص ٢٧٩ ) . كذلك نفت محكمة النقض بأنه إذا كان مفهوم الإقرار للمساعد من المدهى عليه ( صاحب البند ) أنه اشترط عدم دفع الأجر عن الرسوم التى يقوم بها المدمى ( مهنتس ) إلا إذا تبلىها هو وأجرى البند على أساسها ، فإنه يكون من الإقرارات الموصوفة التى لا تقبل التجزئة ، معنياً الأخذ به كله أو تركه كله . فإذا كان المدمى لا يسلم بالتبليد للوراد فى الإقرار ، فلا يقبل منه أن يستثنى إلى الإقرار فيها عما هذا عليه ، بل يكون عليه أن يثبت دعواه من طريق آخر ، فإن تجزئة الإقرار والأخذ بشق من وإقرار المدمى عليه يدفع الأجر مع طرح القيد للوراد فيه ، فذلك مخالف لقواعد الإثبات ( نقض =

جزءاً منها ، فإن الإقرار هنا يكون إقراراً مركباً (even complex). والفرق بين الإقرار المركب والإقرار الموصوف - وكل منهما يشتمل على واقعة أصلية وواقعة مرتبطة بها - أن في الإقرار الموصوف تقترب الواقعة المرتبطة بالواقعة الأصلية من وقت نشوء الواقعة الأصلية كما قلنا ، فالأجل أو الشرط قد اقترن بالدين من وقت نشوئه ، أما في الإقرار المركب فالواقعة المرتبطة لا تقترب بالواقعة الأصلية من وقت نشوئها بل تجدد بسلها ، فالإقرار بالدين مع الوفاء به إقرار مركب يتكون من واقعة المديونية وهي الواقعة الأصلية وواقعة الوفاء وهي الواقعة المرتبطة بها ، ولكن واقعة الوفاء لم تقترب بواقعة المديونية من وقت نشوئها ، بل جللت بطلها إذ حصل الوفاء بعد أن وجلت المديونية (١).

والأصل في الإقرار المركب أنه هو أيضاً لا يتجزأ على صاحبه (٢). فإذا أقر المدين أنه اقترض المائة ولكنه وفاها ، فلا يجوز للدائن إلا أن يأخذ بالإقرار كله أو يطرحه كله (٣). فإذا أخذ بالإقرار كله برئت ذمة المدين من الدين وخسر الدائن دعواه ، إذ يكون قد ثبت أن الدين كان موجوداً ولكن المدين وفاه. وإذا طرح الدائن الإقرار كله ، احضر الإقرار كأن لم يكن ، وكان على الدائن أن يثبت الدين وعلى المدين أن يثبت الوفاء. ويجوز أيضاً للدائن - كما قلنا - في الإقرار الموصوف - أن يستثنى الإقرار بالقرض ، ويجعل هو حصة إثبات أن المدين لم يتم وفائه. والمتنع هو أن يستثنى الإقرار بالقرض ويقتل حصة

١ - مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة ص ٣ رقم ٦٤ ص ٢٢٧). وانظر أيضاً : بنفس مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة ص ٢ رقم ٥٢ ص ١٥٠).

ويلاحظ أن الدائن إذا طرح الإقرار كله ، وأراد أن يثبت الدين بطريق آخر ، فإن له أن يحتج بالإقرار المطرح مبدأً لثبوت بالسكينة ، كما له أن يفتل ذلك منه أطراح الإقرار المركب غير قابل للتجزئة على ما سنرى.

- (١) أوبري ورو ١٢ ص ١٢١ عاش رقم ٢٥ مكرر ٣ ص ١٢٥.
- (٢) ذلك أن الأصل في الإقرار بوجه عام عدم التجزئة : استئناف مخطوط ٢٧ بتاريخ ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٨٦ - ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٩٤ - ١٤ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٦٥ - ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٤٨ - ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٩ ص ١١ - ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١١٩ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٥٩ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٢٩ ص ١٠٦ - ١٨ يناير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ١٧١ - ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٣٨٠ - مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٨٢.
- (٣) استئناف مخطوط أول يمنية سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٦٤.

إثبات الوفاء على المدين ، فإن هذا يعتبر تجزئة للإقرار حيث لا تصح التجزئة . وكذلك يكون الحكم فيما إذا أقر المدين بأنه اقترض المائة ولكن الدين انقضى بالتجديد (١) أو انقضى بالإبراء . ففي هاتين الحالتين لا يتجزأ الإقرار على صاحبه . ولا يجوز للدائن أن يستنيق من الإقرار ما هو في صالحه ، ويلقى عبء إثبات إما ليس في صالحه على المدين ، فيستنيق ثبوت القرض بالإقرار ويطلب من المدين إثبات التجديد أو الإبراء . وعليه أن يأخذ بالإقرار كله فتكون ذمة المدين قد رثت من الدين ، أو يطرحه كله فعليه هو أن يثبت القرض وعلى المدين أن يثبت التجديد أو الإبراء ، أو يستنيق القرض ثابتاً بالإقرار وعليه هو أن يثبت أن التجديد أو الإبراء الذي يدعيه المدين لا صحة له (٢) ، فإذا اطرح الإقرار كله وأراد أن يثبت القرض ، كان له أن يعتبر الإقرار المطروح مبدأ ثبوت الكتابة للقرض يعززه بالبيئة والقرائن (٣) . أما إذا استنيق القرض ثابتاً بالإقرار، وأراد أن يثبت أن التجديد أو الإبراء لا صحة له ، فلا يجوز فيما يزيد على عشرة جنهات أن يثبت ذلك إلا بالكتابة (٤) .

في هذه الأحوال الثلاثة - الإقرار بالمديونية مع وفاء الدين والإقرار بها مع التجديد والإقرار بها مع الإبراء - يوجد إقرار مركب من واقعة أصلية وواقعة مرتبطة بها ، وحكم هذا الإقرار أنه لا يتجزأ على صاحبه كما رأينا . والمشارك في هذه الأحوال الثلاثة أن الواقعة المرتبطة تستلزم حتماً وجود الواقعة

- 
- (١) انظر عكس ذلك الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٧٩ .  
(٢) استئناف مخطوط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠ - ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٠ .  
(٣) وقد قصت محكمة النقض بأن عدم تجزئة الإقرار لا تحول دون اعتبار حقيقة إثبات بالكتابة (نفس مدني ٩ يولية سنة ١٩٤٩ مجموعة حره رقم ٤٣٣ ص ٧٩٧) .  
(٤) ويمثل التقنيان لوبري ورو لعدم جواز إثبات الواقعة المرتبطة إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها بالودعية الاختيارية فيما تزيه قيمته على نصاب البيئة ، فإذا أقر حافظ الودعية بأنه تسلم الودعية ولكنه ردها ، لم يجوز للمودع أن يثبت عدم الرد إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها . فإذا كانت الودعية اضطرارية ، وأقر حافظ الودعية بأنه تسلمها ولكنه سلمها للشخص الذي عينه المودع ، جاز للمودع أن يثبت بجميع الطرق أن حافظ الودعية لم يسلمها إلى هذا الشخص (أوبري ورو ١٢ ص ١٣٠ حاشي رقم ٣٨ - وانظر أيضاً تعليق بارتان في انطباق هذه الأحكام على التفسير الذي يقول به من أن الإقرار قرينة قانونية على صحة المقر به في ص ١٢٩ حاشي رقم ٣٦) .

الأصلية . فالوفاء بالدين يستلزم حتماً وجود الدين قبل ذلك ، وكذلك تجديد الدين والإبراء منه كل منهما يستلزم حتماً سبق وجود دين حصل فيه التجديد أو وقع فيه الإبراء . ومن ثم لا يمكن للواقعتين ، الواقعة الأصلية والواقعة المرتبطة بها ، أن تنفك إحداها عن الأخرى ، فهما متلازمان ولا تصح فيهما التجزئة . أما إذا كانت الواقعة المرتبطة لا تستلزم حتماً وجود الواقعة الأصلية ، فلا تلازم ما بين الواقعتين ، ويمكن تصور وقوع إحداها دون وقوع الأخرى ، ومن ثم كانت التجزئة فيها جائزة . والمثل المألوف لهذه الحالة هو الإقرار بالقرض مع وقوع المقاصة فيه بدين آخر<sup>(١)</sup> . فالمدين هنا قد أقر بالواقعة الأصلية وهي واقعة بقرض ، وأضاف إليها واقعة مرتبطة بها وهي وجود دين له على الدائن أوقع المقاصة بين الدينين . وظاهر أنه لا تلازم ما بين الواقعة الأصلية والواقعة المرتبطة ، ومدىونية المدين للدائن لا تستلزم حتماً مدىونية الدائن للمدين ، كما أن مدىونية الدائن للمدين لا تفترض حتماً مدىونية المدين للدائن ، إذ أن الدين الذى يدعيه الدائن متصفى عن الدين الذى يدعيه المدين ، ووجود أحدهما لا يستلزم وجود الآخر . ومن ثم كان الفصل بينهما ممكناً ، وصحت التجزئة في الإقرار . فإذا أقر المدين بالقرض ، ولكنه قال إنه سقط بالمقاصة ، كان للدائن في هذه الحالة أن يجزئ الإقرار على المدين . فيعتبر الإقرار قائماً فيما هو في صالحه فقط ، وبذلك يكون القرض ثابتاً بالإقرار ، ولا يكلف الدائن حبه إثباته . أما بقية الإقرار فلا يؤخذ به ، ولا ينقل حبه الإثبات فيه إلى الدائن ، بل المدين هو الذى يكلف إثباته إذا أصر عليه . ويكون إذن على المدين أن يثبت أن له ديناً في ذمة الدائن كان سبباً في وقوع المقاصة . فان عجز عن إثبات ذلك بقي الإقرار قائماً في إثبات القرض . ويكون الإقرار قد تجزأ على هذا النحو ، أخذ منه الدائن ما هو في صالحه ، وألقى حبه إثبات ما ليس في صالحه على المدين<sup>(٢)</sup> .

(١) استئناف غلط ٢٩ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٠ — منوف ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٩٦ ص ٩٠٤ .

(٢) ومثل ذلك أيضاً أن يقر المدعى عليه بالسبل غير المقرح الذى صدر منه ، ولكنه يقول أنه صدر مقاماً من النفس . فيجزأ إقراره ، وعليه أن يثبت هو أنه كان في حالة دفاع فرض عليه من المسؤولية المدنية .

هذا ويجوز للقاضي تفسير الإقرار بالتامس ، ولا يحد هذا تجزئه له (لأمرى ورد ١٢ ص ١٢٠ — ١٢١ م — بوردى وبلرد ٤ بقرة ٢٧٢١) — كذلك فصحت تجزئة الإقرار =

والإقرار الذي اتخذناه هنا لمعركة ما إذا كان الإقرار المركب لا يتجزأ على صاحبه أو يتجزأ هو معيار تشريعي ذكره التقنين المدني الجديد كما رأينا في الفقرة الثانية من المادة ٤٠٩ حيث يقول : « ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا أنصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى <sup>(١)</sup> » . ولا تزال هذه المسألة محل خلاف في الفقه

— إذا كانت الواقعة المرتبطة غير محصلة التصديق أم كانت متعارضة مع الواقعة الأصلية ( استئناف غلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٣ — يوردى وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٠ — ييدان ٩ دبر ٩ فقرة ١٣١٦ ص ٤١٧ — قارن أوبري ورو ١٢ ص ١٢٨ — وقارن أيضاً دى باج ٣ ص ١٠٤٧ — ص ١٠٥٧ ) .

ويلاحظ أن ما قلناه من الأحكام في تجزئة الإقرار إنما يكون في المسائل المدنية . أما في المسائل الجنائية فالإقرار تجزئ تجزئته دائماً ، وبأخطأه القاضي ما يقتضيه بصفته ويطلع ما لا يرى منه . وهذا ما لم تكن الجريمة قائمة على أساس حقه مدني — كالتبديد — فثبتت حقا لفته عن طريق الإقرار ينشئ للقواعد المدنية في تجزئة الإقرار على النحو الذي قلناه (أوبري ورو ١٢ ص ١٢٢ طامس ورقم ٢٥ مكرر ٤ — نفس جنائي ٢٢ أبريل سنة ١٩١٠ المحبوسة الفرنسية ١١ رقم ٢/٩٠ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٨ المحبوسة الفرنسية ٢٠ رقم ٥٩ — ٤ مايو سنة ١٩٢٦ المحبوسة الفرنسية ٢٨ رقم ٦٩ — استئناف غلط ١٤ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٦٩ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٣٢ ) .

(١) ولم يكن المذموم الأول للثبوت على سبيل المذموم التمهيدى ينسج مجالاً لتجزئة الإقرار ، بل كان يقضي بأن الإقرار لا يتجزأ . فكانت المادة ٣٨ من هذا المذموم تنص على أن « الإقرار لا يتجزأ على صاحبه » . وكانت المادة ٣٩ من المذموم تنص على أنه « لا عمل لعدم التجزئة : (١) إذا ثبتت الواقعة المتنازع فيها عن طريق آخر مستقل عن الإقرار (٢) إذا كان هناك إقراران متضادان ينسبان على واقعتين مختلفتين (٣) إذا تقدم ، وفقاً للقواعد العامة ، دليل لإثبات عكس أحد التماسين الذي يتكون منها الإقرار » . لذلك جعلت المذمومة الإيضاحية للمذموم التمهيدى وهي تقرر في الواقع المذموم الأول ، دون نظر إلى ما أدخل على هذا المذموم من تعديل . فورد فيها ما يؤول : « وتعرض مسألة عدم التجزئة بالنسبة للإقرار المركب ، أي مسألة معرفة ما إذا كان يجوز لمن وجه الإقرار إليه أن يأخذ به ما يرى فيه مصلحة له وأن يحمل القلق المضاف . إلا أن من المقرر أن القلق المضاف يعبء على من يتكلم من جهة الإقرار ، موصوفاً كان الإقرار أو غير موصوف ، إذ لولا ، لما سافر الاعتراف . ثم إن الإقرار بأسره هو الذي يعبء حجة ، لا جزء منه لحسب . ويترتب على ذلك أن الإقرار المركب لا يتجزأ ، موصوفاً كان أو غير موصوف ، بل يضمن على من يتكلم به بصفته أنه يعبء به بأسره . وقد نصت بعض القوانين على استثناءات من حكم القاعدة العامة في عدم تجزئة الإقرار . بيد أن إيمان النظر في حكم الاستثناءات يكشف عن عثرها من سنن القواعد من حكم الأصل لأنها « تنكسر بقرارات مركبة ، ومسألة التجزئة لا تعرض إلا عند القراكب . لقاعدة عدم تجزئة الإقرار لأداة عامة لا يرد على إطلاقها قيد له حكمه . (مجموعة الأعمال المحضوية ٣ ص ٤٣٧ —

## الفرضي (١) . وكان القضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق يطبق هذا

ص ٤٣٨) . وواضح أن هذا إنما يصلح تقريراً لأحكام المشروع الأول قبل أن يبدل في المشروع التمهيني بإدخال التعديل الخامس بجواز تجزئة الإقرار إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود الواقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى (انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٧٩ حاشي رقم ١) . أما ما أورده المادة ٣٩ من المشروع الأول من أحكام ، فهي نفس الأحكام التي أوردناها في خصوص علم تجزئة الإقرار ، لا في خصوص تجزئته . فإن الإقرار متى غير قابل للتجزئة حتى إذا ثبتت الواقعة المتنازع فيها من طريق آخر غير الإقرار ، وحتى لو ثبت عكس أحد العناصر التي يتكون منها الإقرار . أما إذا كان هناك إقراران متعيزان يصحان على الواقعتين مختلفتين ، فالأخذ بإقرار دون آخر ليس تجزئة لإقرار واحد ، بل هو فصل ما بين إقرارين متعيزين .

(١) والكثرة من الفقهاء الفرنسيين يلعبون إلى أنه إذا كانت الواقعة المرتبطة ليست إلا النتيجة العادية (ordinaire) أو العرضية (accidentel) للواقعة الأصلية ، بحيث يكون حصول الواقعة المرتبطة يستلزم حتماً (supposé nécessairement) سبق حصول الواقعة الأصلية ، كان الإقرار غير قابل للتجزئة ، وذلك كما إذا أقر المدعى بالدين ولكنه قال إنه انقضى بالوفاء أو بالتجديد أو بالإبراء . فإذا كانت الواقعة المرتبطة مستقلة كل الاستقلال عن الواقعة الأصلية ، فإن الإقرار يفتقر ، كما إذا أقر المدعى بالدين ولكنه قال إنه سقط بالمقاصة . وهذا هو المعيار الذي أخذ به التقنين المدني المصري الجديد كما رأينا (انظر في هذا المعنى أوبري ودو ١٢ ص ١٢٣ - ص ١٢٥ - توليه ٥ - فقرة ٣٣٩ - لاروسبيير م ١٣٥٦ فقرة ١٥ - ديولوب ٣٠ فقرة ٥١١ وفترة ٥١٣ - لوران ٢٠ فقرة ١٩٣ - ماركاهيه م ١٣٥٤ و ٢/١٣٥٦ - بوهوي وبارد ٤ فقرة ٢٧١٦ - بيدان وبيرو ٩ فقرة ١٣١٦) .

وهناك فريق من الفقهاء يلعبون إلى أن الإقرار إنما يكون غير قابل للتجزئة إذا كانت الواقعة المرتبطة تقابل تماماً (correspond exactement) الواقعة الأصلية ، كالوفاء يقابل وجود الدين . فإذا لم يكن هناك تقابل تام ما بين الواقعتين ، تجزأ الإقرار . فيتجزأ إذن ، ليس خصيصاً في حالة ما إذا كانت الواقعة المرتبطة هي المقاصة ، بل أيضاً إذا كانت هي التجديد أو الإبراء . أما في حالة الوفاء فلا يتجزأ الإقرار لأن التقابل تام ما بين الواقعة الأصلية والواقعة المرتبطة ( تليفات بارتان على أوبري ودو ١٢ ص ١٢٤ حاشي رقم ٢٦ مكرور ، بلانويل وديوير وجابلول ٧ فقرة ١٥٧٥ ص ١٠٤٥ - ص ١٠٤٦ - قازن بلانويل وديوير وديولوب ٢ فقرة ٢٢٩١ . ويشير بارتان إلى أن نظرية أوبري ودو في تجزئة الإقرار هي أكثر اتفاقاً مع ما ذهب هو إليه من أن الإقرار قرينة قانونية على صحة المقر به : أوبري ودو ١٢ ص ١٢٠ حاشي رقم ٢٥ مكرور ) .

ويلعب مدى باج إلى العكس من ذلك فيجعل الإقرار غير قابل للتجزئة ، لا في حالات الوفاء والتجديد والإبراء فنسب ، بل أيضاً في حالة المقاصة ذاتها . فنته أن الإقرار ، بسيطاً كان أو موصوفاً أو مركباً ، لا يتجزأ ، دون أي استثناء (مدى باج ٣ ص ١٠٤٧ - ص ١٠٥٧) وهذا هو الرأي الذي كان المشروع الأول للاتيات قد أخذ به كما قدسنا ، ولتظاهر أنه كان متغولاً من مدى باج .

## الميلاد<sup>(١)</sup>. ومهما يكن من أمر فقد أصبح المشرع المصري صنعا إذ حسم

(١) الموجز المرفق بقدره ١٥٩ . وقد نفتت محكمة مصر الكلية بأن الإقرار إما أن يكون بسيطاً أو تاماً ، وإما أن يكون موصوفاً أو محدداً ، وإما أن يكون مركباً . فالبسيط هو الاعتراف بالحق كاملاً . والإقرار الموصوف هو عدم الاعتراف بالأمر المسمى به كما هو ، كما إذا ادعى شخص على آخر دين فاعترف به الأخير ، وإنما قال أنه دين قار ، ومثل هذا الإقرار غير قابل للتجزئة — أما الإقرار المركب فهو الإقرار بالواقعة الأصلية غير محددة ولا موصوفة ، وإنما هي مصحوبة بواقعة أخرى منفصلة عنها يصح أن تعتبر نفيها لها . فإذا كانت الواقعة الأخرى غير مرتبطة بالواقعة الأصلية ، بحيث أن حصولها لا يقتضي منه وجود الأولى ، فليس هناك ما يمنع من تجزئة الاعتراف ، كما إذا ادعى شخص على آخر ديناً فاعترف الآخر به ، وإنما ادعى بالفاضة فيه ، فإنه في هذه الحالة يلزم المقر بالثبات المبين على له بالطرق المعتادة (مصر الكلية ٧ يناير سنة ١٩٣٢ المضافة ١٦ رقم ٤٣٢ ص ٩٢٧) . ونفتت محكمة ملوى بأن تجزئة الإقرار جائزة في أحوال معينة منها : (أولاً) إذا كانت الواقعة الأخرى غير مرتبطة بالواقعة الأصلية بحيث أن حصولها لا يؤثر على كيان الأولى ووجودها لا يختلف موضوعهما أو طبيعتهما أو الأشخاص الذين تعلقت بهم كل واقعة . فقرار أحد الورثة باستلام مبلغ يخلف عن المورث ضمن التركة الموروثة ، واستأذنه في وجه الورثة الذين لم نصيب فيه بأنه دفعه في ديون كانت على المورث هو إقرار مركب قابل للتجزئة ، لأن ادعاء السداد للمال التركة هي واقعة غير مرتبطة بالواقعة الأصلية ارتباطاً لا يقبل التجزئة لاختلاف موضوع كل واقعة من الواقعتين اللتين الأساس في كليهما ، ولما تستلزم الواقعة التي أورد بها الإقرار من تحقيق ديون التالتين وسبباً ومقدارها وترتيبها في القيمة . (ثانياً) ولرفع تناقض في أقوال المقر ، أو إذا كانت الواقعة التي أصابها لإقراره ظاهراً لنفس أو الكلب (٣ سبتمبر سنة ١٩٣٢ المضافة ١٤ رقم ٢/٢٢١ ص ٤١٩) . ونفتت محكمة طنطا الكلية بأنه من المقرر قانوناً أن الإقرار إذا كان جنائياً ، فإنه يقبل التجزئة . والمنة التي أجاز المشرع من أجلها تجزئة الإقرار الجنائي هي أنه ليس حجة في ذاته ، بل هو عاصم لطهير القاضي والقضاة ، فله أن ينقض كافة أجزائه ولا يأخذ منها إلا بما يقضه ، وله أن يرفضه بأكمله أو يرفض بعضه فقط ويقضه بالبعض الآخر . ومع ذلك يكون الاعتراف الجنائي غير قابل للتجزئة إذا كان موضوعه حقاً من الطرق المدنية وتعرفت عليه المبررة وكان الاعتراف هو الطريق الوحيد لإثباتها طبقاً لأحكام القانون المدني . وإنما أجاز المشرع تجزئة الإقرار الجنائي لكي يترك للقاضي الجنائي الحرية في تكوين طبيعته لحكم في الدعوى الجنائية وفي سبيل الحكم فيها ، ولا يمكن أن يوضع بهذه التجزئة لفصل في دعوى مدنية تكون مرتبطة بها (أول ملوس سنة ١٩٣٥ المضافة ١٦ رقم ٤٣٩ ص ٩٤٨)

ونفتت محكمة الاستئناف المظفلة بأن الإقرار المركب لا يتميز إذا كانت الواقعة المرتبطة هي النتيجة العادية (ordinaire) أو العرضية (accidentelle) الواقعة الأصلية . أما إذا كانت الواقعةان مستقلتين كل منهما عن الأخرى بحيث لا يستلزم وجود إحدى الواقعتين وجود الواقعة الثانية ، فإن الإقرار تصح تجزئته : استئناف مخطط ٢٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٢ - أول ملوس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٦٧ — ٢٠ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٧٥ —



التحالف بنصر قاطع<sup>(١)</sup>.

٣٦٣ - رفاية محكمة النقض : ومن الواضح أن مسألة تجزئة الإقرار أو عدم تجزئته مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض . فإذا جزأت محكمة الموضوع إقراراً لا تصح تجزئته ، أو رفضت تجزئة إقرار تصح تجزئته ، كان حكمها غير سليم ويصبح نقضه<sup>(٢)</sup> . ولكن يجب أن تثار مسألة التجزئة أمام محكمة الموضوع ، فلا يصح أن تثار لأول مرة أمام محكمة النقض<sup>(٣)</sup> .

---

= ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٩ - ٥ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٢ -  
والنظر في عدم تجزئة الإقرار الموصوف : استئناف مخطئ ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥  
ص ٦٠ - ١٧ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٢ .  
(١) انظر في أن الإقرار يعتبر أقر القصد الإسلام ، : طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للإستاذ  
أحمد إبراهيم ص ١٣٥ - ص ١٣٧ .  
(٢) أوبري ورد ١٢ ص ١٣١ - دي باج ٣ ص ١٠٥٨ - ١٠٥٩ - بيلان ووبري ٩  
لقرة ١٣١٦ ص ٤١٣ - نقض فرنسي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٠ سيرة ١٩٠٣-١-٧٩ -  
٤ يوليو سنة ١٩٠٥ سيرة ١٩٠٦-١-٨٨ .  
(٣) (٢٢ قوسيط - ٢٢)

## الفصل الثاني

### الميمين

٣٦٤ - الميمين بمرم عام : الميمين قول يتخذ فيه الخالف الله شاهداً على صدق ما يقول أو على انجازه ما يعد، ويستنزل عقابه إذا ملأحت . ويستخلص من هذا التعريف أمران :

(١) لا تعتبر الميمين عملاً مدنياً فحسب ، بل هو أيضاً عمل ديني . فلخالف إنما يستشهد الله ، ويستنزل عقابه . ولا يمكن أن يؤكد الإنسان صدق قوله أو وعده ليكون حائفاً ، مادام لم يستشهد الله على ذلك . وتكون تأدية الميمين بأن يقول الخالف : « أحلف » ( م ١٨٠ مرافعات ) . ولكن إذا كانت هناك أوضاع مقررّة في دين من يحلف الميمين ، جاز له أن يطلب تأدية الميمين وفقاً لهذه الأوضاع ( م ١٨١ مرافعات ) . وعلى العكس من ذلك إذا كان دين من يحلف يفرض عليه ألا يقسم باسم الله ، بل يقتصر على مجرد التأكيد ، جاز له أن يكتفي بذلك مادام هذا التأكيد يعتبر يمينا في دينه .

(٢) تكون الميمين إما لتوكيد قول ( *probatoire, affirmatif* ) أو لتوكيد وعد ( *promissaire* ) . فالميمين لتوكيد قول هي الميمين التي تؤدي لتوكيد صدق الخالف فيما يقرره . والميمين لتوكيد وعد هي الميمين التي تؤدي لتوكيد إنجازه وعد أخيه الخالف على نفسه ، مثل ذلك الميمين التي يحلفها القضاة ورجال النيابة والخبراء والشهود وبعض الموظفين ( كوظفئ السلك الدبلوماسي والقتضلى ) على أن يؤدوا أعمالهم بالأمانة والصدق أو أن يقرروا الحق فيما به يشهدون<sup>(١)</sup> .

٣٦٥ - الميمين القضائية والميمين غير القضائية : والذي يمينا هنا هي الميمين لتوكيد قول ، لأنها هي الميمين التي تدخل في منطقة الإكبات . وهي إما أن تكون يمينا قضائية ( *serment judiciaire* ) تؤدي أمام القضاء ، أو غير قضائية ( *serment extrajudiciaire* ) تؤدي أو يثق على تأديتها في غير مجلس القضاء .

(١) النظر في الميمين على الناس أو على المال أو على الآق في الفقه الإسلامى : طرق القضاء في الفريعة الإسلامية للأستاذ أسعد إبراهيم ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠ .

واليمين غير القضائية ليست لما أحكام خاصة ، بل تتبع في شأنها القواعد العامة . فإذا اتفق شخصان على أن أحدهما يحلف اليمين على حق مدعى به ، فهما الاتفاق لا يجوز إثباته باليمين أو القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها ذلك . أما حلف اليمين ذاتها فواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات . والنتائج التي تترتب على حلف اليمين غير القضائية هي النتائج التي اتفق عليها الطرفان ، ولا يجوز ردها إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك . ويتدر أن يلجأ الخصوم إلى الاتفاق على يمين غير قضائية <sup>(١)</sup> .

### ٣٦٦ - اليمين الخامسة واليمين المقررة : وإذا وقفنا عند اليمين القضائية ،

وهي اليمين الغالبة ، وجدناها نوعين : (١) اليمين الحاسمة (serment litis-décisoire) وهي يمين يوجهها الخصم إلى خصمه يحكم بها إلى ضميره لحسم النزاع . (٢) اليمين التامة (serment supplétoire, supplétif) ، وهي يمين يوجهها القاضى إلى أى من الخصمين ليستكمل بها الأدلة التي قلصها هذا الخصم .

واليمين الحاسمة ، دون اليمين التامة ، هي التي كان ينبغي أن تدخل وحدها في هذا الباب ، لأنها هي التي تنفي من الإثبات . أما اليمين التامة فهي طريق تكليل للإثبات ، ولا تنفي منه . ولكن اشتراك اليمينين في كثير من الأحكام يجعل من المناسب جمعهما في فصل واحد . فتتكم في كل منهما .

## الفرع الاول

### اليمين الحاسمة

### ٣٦٧ - تكليف اليمين الخامسة : عندما يعوز الخصم الدليل الذي

يسمح به القانون لإثبات دعواه ، ولا يقر له خصمه بصحة ما يدعيه ، لا يبق أمامه إلا طريق واحد يلجأ إليه ، هو أن يحكم إلى ضميره هذا الخصم . فيرجع إليه

(١) انظر في اليمين غير القضائية بوردو وبارد ٤ ققرة ٢٧٧٨ - ققرة ٢٧٧٨ مكررة -  
الاصطلاح السليم ضمن في الأدلة ٢ ص ٦٧ - ص ٧٣ .

اليمين الحامسة يطلبه إليه حلفها لحسم النزاع ، ولا يملك من وجهت إليه اليمين إلا أن يقبل هذا الاحتكام . وهذا هو الإسعاف الذي يتقدم به القانون إلى الخصم الذي يعوزه الدليل القانوني ، بل هذه هي الكفارة التي يكفر بها القانون عن تشدده في اقتضاء أدلة قضائية معينة لا يفي عنها بدليل . فالقانون ، إذ يتشدد في اقتضاء أدلة معينة ، لا يصل إلا إلى الحقيقة القضائية ، وهي بعد حقيقة نسبية ، وذلك سعيًا وراء الاستقرار . ولكنه ، بعد أن يقضى واجب الاستقرار ، يرضى جانب العدل ، بتسكين من يعوزه الدليل القضائي من أن يحتكم إلى ضمير خصمه الذي أنكر عليه ما يدعيه من حق ، فيوجه إليه اليمين الحامسة . فإن حلفها الخصم ، فقد أثبت بذلك أن ضميره راضى بانكار صحة الادعاء ، ولما كان هذا الادعاء لا دليل عليه ، لم يبق بد من الحكم برفضه . وإن نكل ، كان في هذا النكول إقرار ضمني بصحة الادعاء ، فوجب الحكم عليه بمقتضى هذا الإقرار <sup>(١)</sup> .

ويتبين من ذلك أن توجيه اليمين الحامسة هو تصرف قانوني (acte juridique) ، إذ هو لإدانة الخصم الذي يوجه اليمين في أن يحتكم إلى ضمير خصمه بما يترتب على ذلك من نتائج قانونية . والاحتكام على هذا النحو يعتبر تصرفاً قانونياً يتم بإرادة منفردة (acte juridique unilatéral) ، إذ هو ينتج أثره بمجرد توجيه اليمين . وسنرى أن توجيه اليمين يجوز الرجوع فيه إلى أن يقبل الخصم الذي

---

(١) على أنه يجوز الاتفاق مقدماً ما بين الطرفين على عدم جواز توجيه اليمين الحامسة من أحدهما إلى الآخر في خصوصية معينة . فليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام أو الآداب ، ويسوغه أن بعض الناس تمنحه عقيدته اليمينية من الحلف ، أو هو يرى في الحلف إحراجاً له ولهذا لفظة ، هذا إلى أن طرق الإثبات كادتنا يجوز الاتفاق على تسهيلها والاكتفاء على طريق منها دون طريق (انظر في هذا المعنى : أسبوط الكلية ١٤ أبريل سنة ١٩٤١ المجلد ٢١ رقم ٢٣٧ ص ١٠٤٢ - بين مژلر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ المجلد ١٩ رقم ٣٥٩ ص ٨٨٢ - الأستاذ أسعد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٨٥ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٣٤) . ولكن محكمة الاستئناف الحظية قضت بأن الاتفاق قبل قيام الخصومة على عدم جواز توجيه اليمين الحامسة اتفاق باطل لا ينتج أثره ، لأن الطرفين لا يستطيعان ، والخصومة لما تقم ، أن يدركا مدى ما تنهيا به (استئناف ضبط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦١) . وهذا قريب مما كان يجري عليه القضاء ، قبل صدور المقتنين المذكورين ، من التمييز ، أي الاتفاق على طرق الإثبات ، ما بين اتفاق يمتد قبل قيام الخصومة ليكون باطلاً ، واتفاق يتم بعد قيام الخصومة ليكون صحيحاً .

وجهت إليه الميّن أن يخلف . ولكن هذا ليس قولاً لإيجاب ، إذ أن الخصم الذى وجهت إليه الميّن لا يملك إلا أن يقبل الخلف أو أن يرد الميّن على من وجهها ، أى أنه لا يملك إلا قبول الاحتكام إلى ضميره أو أن يحكم هو خصمه الخصم الذى وجه الميّن . ومن ثم لا يكون توجيه الميّن تصرفاً يحتاج إلى قبول بل القبول هنا هو لجعل حق الخصم فى أن يخلف الميّن أو يردّها حقاً غير قابل للتقضى . كحق المتع فى الاشتراط لمصلحة الغير عند ما يقبل ما اشترط لمصلحته . هذا إلى أن توجيه الميّن تصرف شرطى (actes-condition) ، لأن الخصم إنما يعلن إرادته فى أن ينتفع بنظام مستقل القانون بتقرير أحكامه ، ولا يستطيع الخصم هذه الأحكام تبديلاً (١) .

وسرى أن هذا التكييف للميّن الحاسمة ترتب عليه آثار قانونية هامة . وهو التكييف الذى نقف عنده . والفقّه يتردد فى تكييف الميّن الحاسمة بين أنها تحكيم أو صلح (٢) . والذى يقطع فى أنها ليست بصلح أن الصلح يقتضى نزول كل من المتصلحين عن جانب من ادعائه ، ومن بوجه الميّن لا ينزل عن شيء

(١) انظر الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ١٩٧ حاشى رقم ١ .  
(٢) وقد جاء فى الموجز المؤلف فى هذا المقام ما يأتى : « فالميّن الحاسمة نوع من الصلح أو التحكيم يقصد به حسم النزاع . والخصم الذى يوجهها يصططع مع خصمه أو يتحاكم إلى ذمته ، والخصم الذى توجه إليه بالخيار بين الخلف والرد . فإذا رد كان هذا صلحاً جديداً أو تحكماً إلى ذمة الخصم الأول » (الموجز فقرة ٩٦٣) . وانظر فى أن توجيه الميّن ضرب من الصلح تورى ورد ١٢ ص ١٣٧ - حيك ٩ فقرة ٣٥٧ - ديمولوب ٣٠ فقرة ٥٨٠ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٣٠ بيدان - وپرو ٩ فقرة ١٣٢٣ ، وفى أنه مبدأ اتفاق أو مبدأ صلح على توطيأت (commencement d'une convention, d'une transaction sur la preuve) لا يطوى على تقسيمه من الجانبين : بلانول وپيرير وجابوله ٧ فقرة ١٥٧٣ - ١٥٤٩ - وروعة على طارفى أن توجيه الميّن ليس باتفاق بل هو تصرف بإرادة منفردة كما قمنا ، وأن الصلح لا يمكن إلا أن يطوى على تقسيمه من الجانبين . ويقول دى پايج أن توجيه الميّن اتفاق من نوع خاص يقوم على أساس من المدالة (دى پايج ٣ ص ١٠٧٤ - ١٠٧٧) - ويقول الأستاذ أحمد نقاش فى كتابه فى الإثبات الجزء الثانى أن الميّن الحاسمة قريبة من عقد التحكيم (فقرة ٥٣٧) ، وأن توجيهها تنتقل من الحق المدعى به معلق على شرط تأديتها (فقرة ٥٣٨) ، وأنها نوع من الصلح بين الطرفين (فقرة ٥٣٩) ، وأنها نوع خاص من التصرفات (فقرة ٥٤١) - ويقع الأستاذ سليمان مرقس إلى أن توجيه الميّن تصرف قانونى من التصرفات التى يسميها « بالتصرفات الشرطية (actes-condition) » وطا رأى صحيح . (أصول الإثبات ص ١٩٧ حاشى رقم ١) .

دون شيء ، فهو إما أن يخسر كل دعواه أو يقضى له بها كلها . فلذا ما خسر دعواه أو كسبها فليس ذلك مترتباً على إرادته ، بل هي النتيجة المحتمة لاحتكامه إلى ضمير خصمه . وضمير الخصم هو الذي حكم : إما بخسارة الدعوى إذا حلف الخصم ، أو بكسبها إذا نكل . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي ما يؤيد هذا التكيف <sup>(١)</sup> .

(١) وهذا ما جاء فيها : « أما فيما يتعلق بطبيعة الميمين الخاصة ، فالرأي في الفقه على أن الميمين تماثل ، أو صلح بمبادأة أخرى . وقد جرى القضاء المصري على هذا الرأي ( استئناف مخطوط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٣١٩ — ١٩ مايو سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٣٥١ ) . بيد أن مطلب الفقه والقضاء في هذا الشأن قد استهدف لتفقه فريق من الفقهاء . وقد ذكر هذا الفريق أن الأعمال التحضيرية لقانون الفرنسي قد جاء بها ما يؤخذ منه أن الميمين ليست سوى احتكام إلى القصة . ويراهي أولاً أن كل تماثل يفترض إيجاباً وقبولاً ، والمحفوظ في القبول هو ثبوت الخیار لا التسليم على سبيل الإلزام ، فإن انتفى هذا الخیار فليس ثمة تراض أو تماثل . بيد أن من توجه الميمين إليه لا يستطيع أن يرفض شيئاً من وجهها ، وأن يطلب إثبات الدليل على الدعوى أو الدفع بطرق الإثبات الأخرى ، بل يمتنع عليه بحكم القانون أن يحمل القرعة التي يثبتها له حل زوج من وجوهها الثلاثة : فإما أن يؤدي الميمين ، وأما أن ينكل عنها ، وإما أن يردعها . ومؤدى هذا أن الميمين ليست تماثلاً ، وهي ليست كذلك من الصلح في شيء لأن الصلح يفترض تنازل كل من المتصالحين من جانب من مزاحمة . أما من توجه الميمين فهو لا يملك طريقاً من طرق الإثبات بل هو يقرن ابتغاله بخسارة دعواه ، وهو بالالتجاء إلى الميمين لا يتنازل عن شيء ما ، لأن توجيه هذه الميمين يتسبب لمنفعت . والواقع أن الميمين ليست إلا تأكيداً واقعة ألام القاضي ، في ظل صيانة من القصة أو القصة الدينية . وهي بهذا الوصف ليست إلا علاجاً يحد من مساره نظام تشديد الدليل ، باختيار هذا النظام ضرورة لا معنى عنها لتأمين استقرار المعاملات ، وإن كان تطبيقه في نطاق العمل قد يسفر عن نتائج تناقض المصلحة . فادعاء من فاته تحصيل الدليل المقرر من جراء إعمال أو إصراف في الفقه قد يكون صحيحاً ، رغم انتفاء هذا الدليل . ولو التزم الاحتكام المبادأة في القانون لترتب عليها إقصاءه ، لكن المصلحة تقتضي الترخيص له بالاحتكام إلى ذمة خصمه . . . والواقع أن حق الخصم في الاحتكام يقابله التزام الخصم الآخر بالاعجابة تلك الدعوى ، وإلا أصبح هذا الحق مجرداً من الأثر والجدوى . فالخصم يلتزم بحكم القانون بالاعتناء عن التقيد بقواعد القانون والاحتكام إلى المصلحة . بيد أن حق الاحتكام إلى القصة له أثره القانوني للخصم الآخر أيضاً ، واحفظ له به ، إذ جعل له أن يرد الميمين ويحكم بذلك إلى ذمة من وجهها إليه . . . ثم إن القول بأن فكرة المحصر للمصلحة بمراد واحدة هي أساس النتيجة التي تسفر عنها الميمين ، وأن الميمين تكون حجة قاطعة لأن من وجهها يلتزم بإعادة المطردة بالاحتكام إلى ذمة خصمه ، يحاق المعلق كذلك . والواقع أن القانون هو الذي يفرض من يبرزه الدليل حق الاحتكام إلى ذمة خصمه ، ولكنه متصفاً بمنحه هذا الحق بين أكثره ، وهي تنحصر في قبول الطلب أو الدفع أو رفضه ، بحسب ما إذا كانت الميمين التي توجه أو تردده تؤدي أو ينكل عنها » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٥ — ص ٤٤٧ ) .

ثم إن الحلف ذاته هو دون شك واقعة قانونية ، لأنه عمل مادي يترتب عليه أثر قانوني هو الحكم برفض دعوى من وجه اليمين . ورد اليمين نصرفه قانوني كتوجيه اليمين ، إذ هو أيضاً احكام إلى ذمة الخصم . والنكول عن اليمين عمل مادي سلبى ، ولكنه يتطوى على نصرف قانوني ، إذ النكول يتضمن إقرار بدعوى من وجه اليمين أو ردّها ، فالنكول والإقرار سواء في التكييف القانوني . أما اليمين المتممة ، توجيهاً وحلفاً ونكولاً ، فواقعة قانونية ، إذ هي عمل مادي محض ، وهي طريق من طرق الإثبات التكميلية .

٣٦٨ - مبحثاه : وبعد أن كيفنا اليمين الحاسمة على الوجه السالف الذكر ، نتناول هذه اليمين في مبحثين : (١) توجيه اليمين الحاسمة (٢) الآثار التي تترتب على توجيهها .

## المبحث الأول

### توجيه اليمين الحاسمة

٣٦٩ - مسائل ضمنية : نبحث ، في توجيه اليمين الحاسمة ، المسائل الآتية : (١) من يوجه اليمين الحاسمة (٢) لمن توجه (٣) متى توجه (٤) موضوعها (٥) عدم جواز الرجوع فيها .

### المطلب الأول

#### من يوجه اليمين الحاسمة

٢٧٠ - النص صريح القانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ من القانون المدني على ما يأتي :  
« يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ،

على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه الميمين إذا كان الخصم متصفاً في توجيهه<sup>(١)</sup>.

وقابل هذا النص في التفتين المدني السابق المادة ٢٢٤/٢٨٩.

وقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادتين ١١٢ و ١١٣ ، وفي التفتين المدني العراقي للمادة ٤٧١ ، وفي تفتين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية المادتين ٢٢٨ و ٢٩٩ فقرة أولى ، وفي التفتين المدني الليبي المادة ٣٩٩ فقرة (٣).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٤٤٨ من المشروع التمهيدى

على الوجه الآتى : « يجوز لكل من الخصمين أن يوجه الميمين الخامسة إلى الخصم الآخر ، ولكن لا يكون ذلك إلا بإذن من القاضي » . وأقرت لجنة المراجعة الفقرة كما هي ، وأصبحت الفقرة الأولى من المادة ٤٢٣ في المشروع النهائي . وفي اللجنة التشريعية مجلس النواب استبدلت بعبارة « ولكن لا يكون ذلك إلا بإذن من القاضي » عبارة « على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه الميمين إذا كان الخصم متصفاً في توجيهها » ، لأن العبارة الواردة في النص الأصل تقيده أن توجيه الميمين الخامسة مطلق دائماً على إذن القاضي . ولما كان ما قصده واضع المشروع هو أن يستبقوا المتقاضين الحرية في توجيه الميمين الخامسة ، على أن يكون للقاضي حق منع توجيهها إذا رأى أنها كيدية وأن الخصم متصف في توجيهها ، لذلك كان التعديل الذي أدخلته اللجنة على المادة أكفئ بأداء هذا المنص . وقد وافق مجلس النواب على الفقرة كما عدلتها لجنة التشريعية ، وأقرت لجنة مجلس الشيوخ الفقرة على الوجه الذى حدث به وأصبحت الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٢ - ص ٤٤٣ وص ٤٤٧ - ص ٤٤٨ ) .

(٢) كانت المادة ٢٨٩/٢٢٤ من التفتين المدني السابق تجرى على الوجه الآتى : « يجوز لكل من الخصم أن يكلف الآخر بالميمين الخامسة للزواج . وفي هذه الحالة يجوز للطرف مع الميمين أن يردهما على الطالب » . ولم يتضمن هذا النص العبارة التى تنفى بأنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه الميمين إذا كان الخصم متصفاً في توجيهها . ولكن القضاء كان يطبق هذا الحكم دون نص كما سئرى . ومن ذلك يتبين أن الحكم واحد في التفتين الجديد والقديم فيما يتعلق بالفقرة الأولى من المادة ٤١٠ من التفتين المدني الجديد .

(٣) التفتينات المدنية العربية الأخرى - قانون البينات السوري م ١١٢ : الميمين الخامسة هي التى يوجهها أحد المتعاضدين لخصمه ليعسم بها النزاع - م ١١٣ : يجوز لكل من الخصمين أن يوجه الميمين الخامسة إلى الخصم الآخر ، ولكن لا يكون ذلك إلا بإذن المحكمة . ( ويلاحظ أن ضرورة استئذان المحكمة من لمنع الخصف في توجيه الميمين . فلحكم إذن واحد في القانونين المصري والسوري ) .

التفتين المدني العراقي م ٤٧١ : يجوز لكل من الخصمين أن يوجه الميمين الخامسة إلى الخصم الآخر ، ولكن لا يجوز ذلك إلا بإذن المحكمة ( ويلاحظ هنا أيضاً أن ضرورة استئذان المحكمة من لمنع الخصف في توجيه الميمين . فلحكم إذن واحد في التفتين المصري والعراقي ) .



وقايل في التقنين المدني الفرنسي المادتين ١٣٥٧ و ١٣٥٨<sup>(١)</sup>.

٢٧١ - أي من الخصمين يستطيع توريه اليمين : والذي يوجه اليمين الحامسة هو أي من الخصمين يكون عليه عبء إثبات واقعة قانونية . فالمدعى وعليه عبء إثبات الدعوى ، والمدعى عليه وهو الذي يثبت الدفع ، يستطيع أي منهما أن يوجه اليمين الحامسة إلى خصمه فيما يجب عليه هو أن يثبت ، فيستبدل بعبء الإثبات الاحتكام إلى ضمير الخصم .

٢٧٢ - ما يترتب على أنه توريه اليمين نصرف قانوني - الإلزامية وهبوب الدرامة والرفادة الخاصة والصورية : ولما كان توجه اليمين الحامسة هو كما قدمنا نصرف قانوني ، إذ هو تحكمي لضمير الخصم ، فإنه يجب لصحته

== تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٢٨ : اليمين القضائية نوعان : (أولا) اليمين الحامسة وهي التي يكلف أحد المتداعين خصمه أن يحلفها لجعل الحكم في القضية موقوفاً عليها - (ثانياً) اليمين التكميلية وهي التي يكلف القاضي من تلقاء نفسه أحد المتداعين أن يحلفها - م ٢٢٩ فقرة ١ : لا يجوز طلب اليمين الحامسة إلا باذن من القاضي . ( ونلاحظ فيما يتعلق باذن القاضي ما سبق أن لاحظناه في القانون السوري والتقنين العراقي ) .

التقنين المدني للمملكة العربية المتحدة - م ٣٩٩ فقرة ١ : لا يجوز توجيه اليمين ولا ردها لحسم قضية تتعلق بحقوق ليس لخصوم حق التصرف فيها ، ولا بإقافة غير مشروعة ، ولا بمقد يتطلب القانون إثبات صحته كتابة ، ولا بإنكار واقعة يقين من ورقة رسمية أنها جرت بحضور موظف محو حرر الورقة نفسها . ( ويلاحظ أنه يستفاد من مفهوم المخالفة أنه يجوز توجيه اليمين وردها فيما عدا ذلك . ولم ينص التقنين الليبي على جواز منح القاضي توجيه اليمين إذا كان في توجيهها تمصف ) .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٥٧ : اليمين القضائية نوعان ، يمين يوجهها الخصم إلى خصم لجعل الحكم في القضية موقوفاً عليها ومنه هي اليمين الحامسة ، ويمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين - م ١٣٥٨ : توجه اليمين الحامسة في كل غسوة ، أي كان نوعها .

Art. 1357 : Le serment judiciaire est de deux espèces ; 1° Celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause ; il est appelé déciaire ; 2° Celui qui est déferé d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties.

Art. 1358 : Le serment déciaire peut être déferé sur quelque espèce de contestation que ce soit.

حاجب لصحة التحكم . وقد نصت المادة ٨١٩ من قانون المرافعات على أنه :  
 « لا يصح التحكم إلا بمن له التصرف في حقوقه » . هنا من ناحية الأهلية .  
 ومن ناحية الإرادة يجب أن يكون توجيه الميمن الحاسمة غير مشوب بنقص  
 أو تدليس أو إكراه . ومن ناحية التوكيل في توجيه الميمن يجب أن تكون هناك  
 وكالة خاصة كما في التحكم : وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ من القانون  
 المدني على أنه : « لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ،  
 وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكم وتوجيه  
 الميمن والمرافعة أمام القضاء » . ولما كان توجيه الميمن تصرفاً قانونياً كما قلنا ،  
 فإنه ترد عليه الصورية كما ترد على الإقرار . ومن ثم نرى أن توجيه الميمن ،  
 كالإقرار ، تشترط فيه الأهلية الكاملة ، ويجب أن يكون خالياً من عيوب  
 الإرادة ، ولا بد فيه من وكالة خاصة ، وترد عليه الصورية .  
 فيشترط إذن في التحكم الذي بوجه الميمن أن يكون كامل أهلية التصرف<sup>(١)</sup> ،  
 أي أن يكون قد بلغ سن الرشد ولا يكون محجوراً . فالصبي الذي لم يبلغ  
 سن الرشد ، والمحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، لا يجوز لأى منها  
 أن يوجه الميمن إلا بنائب عنه يملك ذلك . والنائب قد يكون الولي ، وهو يملك  
 توجيه الميمن لأنه يملك التصرف ، والوصي والقيم ، وهذان لا يجوز لهما توجيه  
 الميمن إلا في الأعمال التي يملكها وهي أعمال الإدارة ، أما في أعمال التصرف  
 فلا بد في توجيه الميمن من إذن المحكمة الحسية<sup>(٢)</sup> .

(١) انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٢٧ ص ١٩٨ حاشي رقم ١ —  
 ومن الفقهاء من يشترط أهلية التبرع : الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٤٤ . وقد كتنا  
 من يشترطون أهلية التبرع ( انظر الموجز ص ٦٩٠ ) ، ولكن يؤخذ على ذلك أن التحكم في  
 الحق تصرف فيه لا تبرع به . ولقد يكتفى إلى التحكم — حتى لو كان الحكم هو التحكم  
 كما في توجيه الميمن — لا يزال يطلع في نفسه بقية من الأمل في بقاء خبير التحكم ونخرجه من  
 أن يخلص سائلاً ، فن يوجه الميمن لا تبرع بمقتضى تصرفاً محضاً . ولو اشترطنا أهلية التبرع لما جاز  
 لولي ووصي والقيم توجيه الميمن ولو بإذن المحكمة الحسية ، لأن أحداً منهم ولو مع هذا الإذن  
 لا يملك أهلية التبرع .

ويرتب على ذلك أن القاصر الذي يبلغ الثماني عشرة سنة يستطيع توجيه الميمن فيما يملكه من  
 أعمال الإدارة كالتأجير مدة سنة واحدة ( انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات  
 فقرة ١٢٧ ص ١٩٨ حاشي رقم ١ ) .

(٢) وقد نصت محكمة استئناف أسوط بأن الميمن الحاسمة نوع من أنواع الصلح (١) =

ويشترط أيضاً أن يكون توجيه الميّن غير مشوب بغلط أو تدليس أو إكراه ويكون توجيه الميّن مشوباً بغلط في الواقع إذا أخفى الخصم الذي وجهت إليه الميّن عن الخصم الذي وجه الميّن مستنداً صالحاً لإثبات دعوى الخصم الثاني ، فيعتقد هذا ، عن غلط ، ألا سبيل أمامه إلا توجيه الميّن . وقد يكون الغلط في القانون ، كما إذا اعتقد الخصم الذي وجه الميّن أن البيئة ممنوعة قانوناً ، وليست معه كتابة تثبت ما يدعيه ، فوجه الميّن إلى خصمه ، ثم تبين بعد توجيه الميّن أن القانون يجيز البيئة . وقد يكون الخصم الذي وجه الميّن إنمّا وجهها بسبب تدليس وقع عليه من خصمه ، بأن أوهمه هذا مثلاً أن القانون لا يجيز له الإثبات بالبيئة فليس أمامه من سبيل غير توجيه الميّن . وقد يكون توجيه الميّن عن إكراه . وقع على الخصم خارج مجلس القضاء ، فلم يربطاً من توجيه الميّن إلى خصمه ، ولا بعد إكراهها أن يحدد الخصم نفسه مجرداً من أى دليل على حقه فيضطر إلى توجيه الميّن ثم يستجد بعد ذلك دليل يحصل عليه . وفي جميع الأحوال التي يكون فيها توجيه الميّن مشوباً بغلط أو تدليس أو إكراه ، يعتبر توجيه الميّن غير صحيح بصفته تصرفاً قانونياً ، ويجوز لمن وجه الميّن أن يطلعه ، حتى بعد أن يقبل الخصم الآخر الحلف ، وحتى بعد أن يخلف .

ويشترط كذلك فيمن يوكل لتوجيه الميّن أن تصدر له وكالة خاصة في ذلك ، ولا تكون الوكالة العامة . ومن ثم لا يصح توجيه الميّن من وكيل عام ، ولا يصح من محام ما لم يكن التوكيل الصادر إليه منصوصاً فيه على تفويضه في توجيه الميّن . ولكن لا يشترط تعيين محل توجيه الميّن على التخصيص ، فيصح التوكيل في توجيه الميّن في خصومة معينة دون تحديد ادعاء معين بالذات<sup>(١)</sup> .

== إذ يترك طالبا أمر الفصل في حقه إلى ذمة خصمه ، وعلى ذلك فالرأي أن القيم لا يمكن توجيهها ، لأن الصلح من التصرفات المستعرة عنها إلا بإذن من المجلس الحسبي ( استئناف أميوط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المبرورة الرسمية ٣٠ رقم ١٤٤ ) — انظر أيضاً : استئناف غخطط ٦ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٧ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٤٩ .  
ولاً يجوز استملاك توجيه الميّن إلا بالقرود المنصوص عليها في المادتين ٢٧٩ — ٢٨٧/٢٨٧ .  
— ٢٨٨ تجاري (الاستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٤٧ — بيلانيرك وريير وجاهوله ٧ فقرة ١٥٧٥ ص ١٠٥٠ — ١٠٥١ ) .

(١) استئناف غخطط ١٩ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢٢ ص ٣٧٩ ( إقرار الموكل لتوجيه الميّن بعد توجيهها من الوكيل ) .

ويجوز أخيراً أن ترد الصورة على توجيه اليمين . ويكون ذلك نتيجة لتواطؤ الخصمين إضراراً بحقوق الغير كالدائنين والشركاء والخلف . فيخفى الخصم الأدلة التي يملكها لإثبات حقه ، ويقتصر على توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه ، فيحلفها هذا ، فيخسر المدعى دعواه ، وبضر بذلك دلائله وشركائه والخلف وغيرهم من لمصلحة . ويجوز هؤلاء التدخل في الدعوى قبل صدور الحكم لمنع الإضرار بحقوقهم . وإذا صدر الحكم ، جاز لم أن يعارضوا فيه عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة لإثبات التواطؤ . وسنعود إلى هذه المسألة عند بحث حجة اليمين .

**٣٧٣ - رقابة القاضي :** وإذا كان لأى الخصمين ممن يجعل عبء الإثبات توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه ، فإن للقاضي رقابة عليه في توجيه هذه اليمين . وقد كان القضاء يجعل هذه الرقابة ثابتة للقاضي في عهد التقنين المدني السابق ، فيجوز للقاضي تعديل صيغة اليمين تبعاً لوقائع القضية إذا كان ذلك بموافقة الخصم الذي وجهها<sup>(١)</sup> ، ويجوز له أيضاً أن يرفض توجيهها إذا رأى أن الدعوى يكلبها ظاهر الحال وأن في توجيه اليمين تصفياً ، أو أنها ثابتة بغير يمين ، أو أن اليمين بالصيغة التي وجهت بها غير منتجة<sup>(٢)</sup> . وقد جاء

(١) استئناف مخطوط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٨٤ - ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٨ - أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٨ - ٢١ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٨٢ - ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٦ - ٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٥ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٨٨ - ١٥ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٤ - ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٧ - أنظر في تعديل صيغة اليمين أنسيكلو بيدي دالقر في القانون المدني *Preuve* لفرقة ١١٦٠ - فقرة ١١٦٨ .

(٢) استئناف أهل أول مايو سنة ١٩٠٠ المبيعة الرسمية ٢ ص ١١٨ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٧ المبيعة الرسمية ١٩ رقم ٢٩ - ٨ أبريل سنة ١٩٢٠ المبيعة الرسمية ٢٢ رقم ٥٢ - استئناف مصر ١١ أبريل سنة ١٩٢٢ المقامة ٣ رقم ٧ ص ١٩ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المقامة ٦ رقم ٣٤٥ ص ٥١١ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٧ المقامة ٧ رقم ٤٢٨ ص ٦٨٤ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المبيعة الرسمية ٢٨ رقم ٣٤ - ١١ مارس سنة ١٩٤٧ المقامة ٢٨ رقم ٣٨ ص ٥٧ - ١١ مارس سنة ١٩٤٧ المقامة ٢٨ رقم ٣٨ ص ٥٧١ - استئناف أسبوط ١٤ فبراير سنة ١٩٢٩ المقامة ٩ رقم ٢٢٣ ص ٣٩٧ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المقامة ١٢ رقم ٢٧٥ ص ٥٥٥ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن تشدد نساء المارة في =

## في الموجز<sup>(١)</sup> ، وهو يسطق الفقه في عهد التتئين المدني السابق ، في هذا المني

الحجاب بمنع من حلف اليمين ، فلا يصح أن يتخذ من طله المبالغة براح الحكم ملين ( ١٧ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ رقم ١٠ ص ٢٠ ) . وقضت محكمة قنا الكلية بأنه إذا تبين لمسكة أن للمني لم يطلب توجيه اليمين الخامسة إلى خصمه إلا لطله بأنها ان تحلفها تسكها الفقه - بمادة من عادات مشيرتها تحول دون إساعها صوتها لأي قريب ، كان توجيه اليمين في طله الحالة طلباً كيدياً ( ٧ أبريل سنة ١٩٢٠ المبروعة الرسمية ٢١ رقم ٩٧ - وقد أيد الحكم محكمة استئناف مصر في الحكم السابق ) .

وأنظر في القضاء المخطوط : استئناف مخطوط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٣٨ - ٢٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٨٧ - ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢١ - ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٠ - ١٨ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٤ - ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١ ص ٢٥٦ - ٢٩ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٣٧ - ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩٤ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٦٩ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٧٧ - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩١ - ٩ يونيو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٦ - ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٥٩ - ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ - ١٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦١ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٠ - ٤ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٠٩ - ١١ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٥ - ٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٨ - ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٦ - ٣ يوليو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٠٣ - ٦ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٦ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٦٩ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦٧ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٧ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٦٢ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٢ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ - أول مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨٥ - ٩ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٠٦ - ٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٨٠ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٠ - ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٦ - ٢٩ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٧ - ١٢ يوليو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٧٩ - وقارون : استئناف مخطوط ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٠ - ١٧ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٧٥ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٨ - ٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١١ - فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٢ - ١٩ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥١ - ١٧ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٠٨ - ١٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٦٢ .

وجاء في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ( ص ٢٣٦ ) : وفقرط المالكية لتوجيه اليمين أن يكون بين المدني والمدني عليه اختلاط في الماملة : لتلا يطل أهل البلد أهل الفضل بتسليفهم مراراً ( انظر تبصرة بن فرسون والطرق الحكيمة ) . وقريب من مطلب مالك قول الاسطرغري من القاضية . أن قرآن الخلال إذا شئت بكتاب المدني لم يفت إلى .

( ١ ) الموجز المؤلف بقرة ٦٦٤ ص ٦٩٠ - وقارون مع ذلك الأستاذ عبد السلام فهي في الأمل ٢ ص ٢٧ - ص ٣٢ والأستاذ أحد نشأت في الإبلت ٢ بقرة ٥٨٢ - بقرة ٥٧٤ .

ما يأتي : - « الممين الخامسة يوجهها الخصم لا القاضى . . . ولكن القاضى أن يرفض توجيه الممين إذا كانت الواقعة المراد الحلف عليها غير محتملة الصدق أو كذبها مستندات للدعوى ، أو كانت هذه الواقعة ثابتة دون حاجة إلى الحلف ، فيكون توجيه الممين في هذه الأحوال إنما يقصد به التأكيد للخصم . كذلك للقاضى أن يرفض توجيه الممين إذا كان المقصود منها استغلال ووع الخصم الذى توجه إليه وشدة تدبته . على أنه إذا رأى القاضى توجيه الممين إلى شخص شديد التدبى ، فلا يجوز لهذا الخصم الامتناع عن الحلف بحجة أن دبه يمنعه من ذلك (١) » .

ولم يستحدث التقنين المدنى الجديد شيئاً ، إلا أنه نص صراحة على الحكم المظلم ، وكان غير منصوح عليه في التقنين المدنى القديم ، فذكر في آخر الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ ما يأتي : « على أنه يجوز للقاضى أن يمنع توجيه الممين إذا كان الخصم متصفاً في توجيهها (٢) . وكان النص في المشروع التمهلى

(١) المظر : استئناف مخطوط ١٤ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٠ .

(٢) على أنه يلاحظ أن قضاء محكمة النقض كان لا يوسع كثيراً في تفسير النصف في توجيه الممين في عهد التقنين المدنى السابق . وهذه بعض أمثلة من هذا القضاء : (١) إذا كان الحكم له رفض توجيه الممين بقوله إن المعاملة بين الطرفين بالكفاية وطالب الممين رجل قانوني ورفض استئنافات في مسائل الحساب ، فإنه يكون له حالف القانون ، إذا هذا الذى قاله ليس فيه ما يبعد أن طالب الممين كان متصفاً في طلب توجيهها ( نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٥ ص ١٢٢ ) . (٢) جرى قضاء محكمة النقض على أن الممين الخامسة ملك الخصم لا للقاضى ، وأن على القاضى أن يجهب طلب توجيهها متى توافرت شروطها ، إلا إذا بان له أن طالبها يهتف في هذا الطلب . ومحنة المرفوع وإن كان لها كامل السلطة في استخلاص كيدية الممين ، فإنه يصح عليها أن تقدم استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تزدى إليه . فإذا أثبتت المحكمة حكمها بكيدية الممين على مجرد أن الوقائع المراد إثباتها متطابقة بمحرمات صادرة من طالب توجيه الممين ، فهذا منها قصور في السبب ، فإن كون الواقعة المراد إثباتها بالممين تتعارض مع الكفاية لا يبعد بطلان أن الممين كيدية ( نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٨ ص ١٨٦ ) . (٣) الحكم الذى يؤسس قضاءه برفض طلب توجيه الممين على أن الطرفين أحدهما يحصل بالكفاية ، وأن طالب توجيهها قال إن خصمه أعد المبالغ المراد الحلف عليها في غضون ستين طوال ما يجبل طلب الممين غير جدى ، يكون مخالفاً للقانون لتأليه قضاءه على غير النصف في طلبها ( نقض مدنى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٩ ص ١٩٢ ) . (٤) الممين الخامسة ملك الخصم ، له أن يوجهها متى توافرت شروطها مهما كانت قيمة النزاع ، ولو كان القرض منها إثبات ما يخالف حقا مكتوباً ولو ستمها إلا فيما لا يجوز للطن فيه من التمه القرض إلا بالتدوير . ومن ثم يكون دعوى على القاضى أن يجهب طلب توجيهها إلا إذا بان له أن طالبها يهتف في

على أن توجيه اليمين الحاسمة لا يكون إلا باذن القاضي . ولكن اللجنة التشريعية لمجلس النواب غيّبت أن يكون النص على هذا الوجه معناه أن توجيه اليمين الحاسمة يكون دائماً مطلقاً على إذن القاضي ، وأرادت اللجنة أن تستقي للمتقاضين الحق في توجيه اليمين الحاسمة على أن يكون القاضي منع توجيهها إذا رأى أنها كيدية وأن الخصم متعسف في توجيهها ، فعدلت النص على النحو الذي رأيناه <sup>(١)</sup> .

وملاحظ أنه إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها غير محتملة الصلح ، أو كذبها مستندات الدعوى ، أو كانت غير متبعة <sup>(٢)</sup> ، أو كانت خالية من الدليل ولكن المدعى وجه اليمين مستغلاً في ذلك وروع خصمه ونمرجه من الحلف ، كان مدعى هذه الواقعة وهو يوجه اليمين إلى خصمه متسافاً في توجيهها ، فيمنته القاضي <sup>(٣)</sup> . أما إذا كانت الواقعة ثابتة دون حاجة إلى

---

= طلبه . والقول بأن طلب توجيه اليمين فيرجى لتناقض طالبة في مقامه ليس من شأنه أن يلهي أنه كان متسافاً في توجيهها ، ومن ثم لا يصح أن يكون ذلك سبباً للحكم برفض توجيه اليمين ( نفس مدعي ٧ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٥٥ ص ٧٥٠ ) .

(١) انظر ما تضمنه في تاريخ النص — وعلى هذا النحو يهلي أن يلهم نص المادة ٤٧١ من القانون المدني العراقي الذي سبق إرادته وكذلك النصوص الماثلة في القوانين المصرية الأخرى إلا أن المصنف يكون من القاضي في منع توجيه اليمين ، لا من الخصم في توجيهها ( قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٨٠ هامش رقم ١ ) .

(٢) ولا تكون اليمين متبعة في دعوى مرفوعة على ناظر الوصف ، إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها إما تحقق — إذا صحت — مسوئته الشخصية لا مسوئته كناظر الوصف ( نفس مدعي ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٥ ص ٩٨٢ ) .

(٣) لكن إذا كان عند المدعى — على العكس ما تقدم — دليل على دعواه ولم ير أن يقدم مكتوباً بتوجيه اليمين إلى المدعى عليه — جاز له ذلك . ويجوز في هذه الحالة متغزلاً عن دليله ، ميّزاً بالأحكام إلى ذمة خصمه .

وفي هذه المسألة خلاف في الفقه الإسلامي بين أبي حنيفة وصاحبيه . فثبت أبي حنيفة لا يجوز للمدعى توجيه اليمين إلى المدعى عليه إذا كانت عنده بينة حاضرة ، وعند الصحابين يجوز . جاء في البداية : « وأما شرائط الوجوب ( أي وجوب توجيه اليمين ) فأنواع . منها الإنكار . . . ومنها الطلب من المدعى لأثبات وجبت على المدعى حقاً للمدعى ، وحق الإنسان قبل غيره واجب الإثبات عند طلبه . ومنها عدم البينة الحاضرة عند أبي حنيفة ، وعندهما ليس بشرط ، حتى لو قال المدعى لي بينة حاضرة ، ثم أراد أن يثبت المدعى عليه ، ليس له ذلك عنده . وعندهما له ذلك . وجه قولنا أن اليمين حجة للمدعى كالبينة ، ولهذا لا تجب إلا عند طلبه ، فكانت له =

المحلف ، فالذي يتصرف في توجيه اليمين هو الخصم الآخر ، يوجه اليمين إلى المدعى في الواقعة الثابتة ليحلف أن له الحق الذي يدعيه ، فلا يقبل القاضي في هذه الحالة توجيه هذه اليمين ، لأنه يستطيع الحكم بثبوت الحق للمدعى بمقتضى الأدلة المقدمة دون حاجة إلى تحليف المدعى أية يمين <sup>(١)</sup> .

ورقابة القاضي لمنع التصرف في توجيه اليمين على النحو الذي بسطناه تعتبر خطوة طيبة نحو إيجابية موقف القاضي من الإثبات <sup>(٢)</sup> .

---

محاولة استيفاء أيها شاء . ولأى حنفية أن البيئة في كونها حجة المدعى كالأصل لكونها كلام غير الخصم ، واليمين كالحلف عليها لكونها كلام الخصم . ولهذا لو أقام البيئة ثم أراد استعاضة المدعى عليه له ذلك ، والقدرة على الأصل تمنح المسير إلى الحلف = (البائع ٦ ص ٢٢٥ — ص ٢٢٦) .

والظاهر من نصوص الفقه الإسلامي أن اليمين هي منك المدعى ، يوجهها أن أراد إلى المدعى عليه المنكر ، ولا يجوز لقاضي منه من ذلك . ويقول مارسل موران "Marcel Morand" أن اليمين — وصفتها بالبيئة بارزة — من أهم طرق الإثبات في الفقه الإسلامي ، لاتصاله بالدين اتصالاً وثيقاً (مارسل موران : دراسات في الفقه الإسلامي بالجزائر — الجزائر سنة ١٩١٥ — ص ٢٢٥ — ص ٢٢٧) .

(١) انظر في هذه المسألة في الفقه الفرنسي أوبري دورو ١٢ ص ١٤٧ — ص ١٤٨ — بلانلوك وديير وجابولده ٧ فقرة ١٥٧٩ ص ١٠٥٣ — بيدان وهر ٩ فقرة ١٣٢٥ ص ٤٢٣ — انسيكارديي مالفور في القانون المدني Preuve فقرة ١١٣٨ . على أن أوبري دورو يلجأ إلى أن بسط رقابة القاضي على الخصم في توجيه اليمين إلى خصمه يتعارض ، من لفاتحة النظرية ، مع ما للخصم من حق استعاضة من القانون بماقره في توجيه اليمين (أوبري دورو ١٢ ص ١٤٧ حاشي رقم ٢٤) . وانظر عكس ذلك ، وفي أن توجيه اليمين من حق الخصم وحده دون رقابة عليه من القاضي : بوموي وبارد ٢ فقرة ٢٧٤٧ — فقرة ٢٧٤٧ مكررة .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد (وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٥٥٨ من هذا المشروع تقضي بأن توجيه اليمين يكون بإذن القاضي كما رأينا) في هذا الصدد ما يأتي : « ويكاد يتخذ إجماع القضاء في فرنسا وبلجيكا على أن للقاضي أن يقدر : (أ) خلاصة توجيه اليمين وأن يرفض توجيهها إذا قصد منها الكيد (ب) وأن له أن يقدر ضرورة توجيه اليمين وأن يرفض توجيهها إذا كانت الوقائع التي توجه بشأنها غير قريبة الاحتمال ، أو سبق أن قام الدليل عليها بطرق أخرى من طرق الإثبات . . . والواقع أن من المرومات والقسم واليمينات الدينية ما قد ينجح ليه . لئلا استقلال حرس خصمه على قضاء واجب أخلاق أو ديني ، ولذلك روى تقنين النص حكماً يمين على تحاشي مثل هذا الاستقلال . ويراعى من ناحية أخرى أن اليمين قد تقررت برفضها طبقاً من طرق الإثبات لإسقاط المدعى بالدليل عند تحلفه ، لا لتفرض دليل تم تحصيله بطريق من سائر الطرق . ولهذا يجب أن يطع للقاضي أن يرفض توجيه اليمين إذا لم »



## المطلب الثاني

### لمن توجه اليمين الحاسمة

٢٧٤ - توجه اليمين إلى الخصم الذي له حق المطالبة بالدين :  
وتوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر الذي له حق المطالبة بالإثبات . وتوجه اليمين إليه بقلب موقفه . فبعد أن كان غير مكلف بشيء وما عليه إلا أن ينتظر من خصمه تقديم الدليل على دعواه فإن لم يقدم هذا الدليل خسر الدعوى وخرج الخصم من القضية منتصراً دون أن يقوم بعمل ، إذا به بعد أن وجهت إليه اليمين يرى نفسه مضطراً إلى قبول احتكام خصمه إلى ضميره ، إذا لم يختر هو بدوره أن يحتكم إلى ضمير خصمه برد اليمين عليه . فهو إنما يكسب الدعوى إذا حلف اليمين ، فأصبح إذن مكلفاً بشيء يقوم به حتى يكسب الدعوى ، وقد كان قبل توجه اليمين إليه غير مكلف بشيء . وإذا نكل عن حلف اليمين ، كان في هذا معنى الإقرار بحق خصمه ، وقد رأينا أن الإقرار ينطوي على نزول عن حق المطالبة بالإثبات ، وهو الحق الذي كان له قبل توجه اليمين إليه .

٢٧٥ - لا توجه اليمين إلا إلى خصم أصلي في الدعوى : ولا يجوز توجه اليمين إلا إلى خصم أصلي في الدعوى . فإذا رفع الدائن باسم مدينه دعوى الدين على مدين مدنيه ، فلا يجوز للمدعى عليه في هذه الدعوى أن يوجه اليمين الحاسمة إلى دائن الدائن لأنه ليس إلا نائباً عن الدائن وليس خصماً أصلياً في الدعوى . فيجب إذن أن يكون توجه اليمين إلى الدائن ، وهو الخصم الأصلي ،

= تكن مجدية . ويقع ذلك حيث يقام الدليل على الرقابة التي يراه الاستحلاف عليها بطريق آخر...  
ولذلك اتفق المفروغ أثر المفروح الفرنسي الإيطالي وأنهت لقاضي حق الترخيص ، كطبيب  
وقال ، ولو أنه حرره من كل سلطة في الرقابة متى حلفت اليمين الحاسمة ، حتى تكون حجة  
قائمة في الإثبات . فلقاضي أن يقدم ما إذا كان ثمة عمل الترخيص بتوجيه اليمين ، وفقاً للأحوال  
من ناحية ، ووفقاً لصفات الأشخاص من ناحية أخرى . وهذا الترخيص مستقل عن التثبت من  
توافر شروط قبول توجه اليمين . ( مجموعة الأعمال القضائية ٢ ص ٤٤٤ - ص ٤٤٥ ) .

بعد إدخاله في الدعوى وفقاً لمادة ٢٣٥ فقرة ٢ من القانون المدني<sup>(١)</sup> . ولا توجه  
اليمين ، في دعوى تقام ضد إحدى الشركات ، إلى شريك انسحب منها فلم يعد  
خصماً<sup>(٢)</sup> ، ولا إلى شخص ليس خصماً في الدعوى ولم يعد موثقاً في الشركة<sup>(٣)</sup> ،  
ولا إلى جملة من الشركاء كل شريك يحلف على وقائع لا تخصه هو بل تخص  
الشركاء الآخرين<sup>(٤)</sup> . ولا توجه اليمين إلى أحد مديري مصرف إذا كان هذا  
المدير لا يملك التصرف إلا بالاشتراك مع سائر المديرين<sup>(٥)</sup> ، ولا إلى الوكيل  
إذا كانت الواقعة المراد إثباتها منسوبة إلى الأصل<sup>(٦)</sup> ، ولا إلى الغير مع ادخاله  
نصباً في الخصومة لحلف اليمين<sup>(٧)</sup> . وإذا كان الخصم شخصاً معنوياً ، وجهت

- 
- (١) أدري دور ١٢ ص ١٢٧ (ويقرر أن ذلك أن اليمين لا توجه ، في القانون الفرنسي ،  
إلى الزوج الذي لم يدخل في الدعوى إلا ليأذن لزوجته في الخصومة ) .  
(٢) استئناف مخطوط ٧ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ١٨٠ .  
(٣) استئناف مخطوط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٦ .  
(٤) استئناف مخطوط ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٦ .  
(٥) استئناف مخطوط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٤ .  
(٦) استئناف مخطوط ٤ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٥٢ — ٢٧ يناير سنة ١٩٤٢ م  
٥٤ ص ٥٢ .  
(٧) استئناف مخطوط ١٧ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٨٠ — ١١ يولييه سنة ١٩٤٠ م  
٥٢ ص ٢٩٨ — ومن باب أولى لا توجه إلى غير خصم في الدعوى دون إدخاله ( استئناف  
مخطوط ٩ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٢٦ ) . ولا توجه اليمين إلى أحد الورثة مع حلف الحق  
بالنسبة إلى الباقي ( استئناف مخطوط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٥ ) ، وإذا وجهت  
إلى جميع الورثة وحلف بعض دون بعض ، فلا ينفذ حلف البعض أمام تكرار الآخرين ( استئناف  
مخطوط لول ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٤ ) . وإذا ادعى المشتري أن القلع إنما يحصل  
القلع لرد اليمين المبيعة إلى البائع ، فاليمين توجه إلى القلع لا إلى البائع ، لأن الحكم  
أن يقضى البائع ولن يقضى إلا المشتري أو القلع ( استئناف مخطوط ٣١ يناير سنة ١٩٠٧ م  
١٩ ص ١٠٢ ) . وإذا ادعى القلع بصورة اليمين ، فلا يجوز له توجيه اليمين الخاصة في ذلك  
إلى البائع والمشتري معاً ، بل يجب أن يوجهها أولاً إلى المشتري ، فإن حلفها كان هذا كافياً  
لرفض الادعاء بالصورية دون حاجة إلى تحليف البائع ، وإذا نكل المشتري وجب توجيهها  
إلى البائع ، فإن نكل هذا ثبتت الصورية كاملة ، أما إذا حلف البائع وحده فلا تثبت الصورية  
لأنها لم تثبت من الجانبين ( جرجا ١٢ يناير سنة ١٩٢٩ المضافة ٩ دكر ٢٥٦ ص ٤٤٩ —  
انظر الأستاذ عبد السلام دحي في الأملة ٢ ص ٤٩ — ص ٥٠ — وقارن الأستاذ أحمد زعزاع  
في الإثبات ٢ فقرة ٥٤٣ ) . ولا يجوز هنا أن يقدم الخصم بنفسه ليعرض أن يحلف اليمين  
( استئناف مخطوط ٩ يولييه سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٢٦ ) .

اليمن إلى من يمثله (١) .

٢٧٦ - **توافر أهلية التصرف فيمن يوجه إليه اليمين** : ويجب فيمن توجه إليه اليمين أن تتوافر فيه أهلية التصرف في الحق الذي توجه إليه فيه اليمين (٢) . ذلك أن كل خصم توجه إليه اليمين يجب أن يكون قادراً على الخيار ما بين الحلف والرد والنكول ، ورد اليمين مكتوبتها تشترط فيه أهلية التصرف ، والنكول كالإقرار لا يملكه إلا من ملك التصرف في الحق . ومن ثم لا يجوز توجيه اليمين إلى صبي لم يبلغ سن الرشد إلا فيما يملك من أعمال الإدارة ، ولا إلى محجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه . ولا يجوز توجيهها إلى النائب عن هؤلاء ، كوصي أو قيم ، إلا عن أعمال صدرت منه شخصياً (٣) أو عن أعمال الإدارة التي يملكها (٤) . أما الولي فيملك التصرف في مال الصغير ، فيجوز توجيه اليمين إليه .

ويجب أن تتوافر أهلية التصرف فيمن توجه إليه اليمين وقت الحلف ، لا وقت توجيه اليمين . فإذا كان أهلاً وقت توجيه اليمين ، ثم حصر عليه قبل الحلف (٥) ، فلا يجوز له أن يحلف بعد توقيع الحجر عليه (٦) .

وسرى أنه إذا جاز التوكيل في توجيه اليمين بمقتضى وكالة خاصة ، فإنه لا يجوز التوكيل أصلاً في حلف اليمين ، ذلك أن النيابة تجري في الاستحلاف ولا تجري في الحلف .

(١) استئناف مخطوط ٢ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٨ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١٩ — أول يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٤٥ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٢٤ ص ٢٤٩ — لارن الموجز للقولف وقد ورد فيه اشتراط أهلية التبرع (الموجز ص ١٩٠) .

(٣) كما إذا وجهت إليه اليمين في قبض الدين الذي لمحجوره ، وكان قد أدخل في المحوى بسنة الشخصية أيضاً ، فإن حلف كسب المحوى ، وإن نكل لم يضر نكوله بالمحجور ، ويصح ملتزماً نحوه باليمين (أوبري ورد ١٢ ص ١٣٩) .

(٤) استئناف مصر ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٧٩ ص ١٥٨ — استئناف أبوظ ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٥ ص ٥٥٥ — المحكمة العليا لثمة ٥ سبتمبر سنة ١٩١٨ المحاماة ٨ رقم ٢٠١ ص ٢٤٧ .

(٥) أر ألقى : استئناف مخطوط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٥٦ .

(٦) أوبري ورد ١٢ ص ١٤٠ .

## المطلب الثالث

مقارنة توجه المبدأ الحاسمة

### ٢٧٧ - النصوص القانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٤١١

من التقنين المدني على ما يأتي :

« ويجوز أن توجه المبدأ الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى » (١).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢).

وبقابل بالنص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ١١٤ فقرة ٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٧٢ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣١ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٠ فقرة ٢ (٣).

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٤٩٩ من المشروع الصهيوني على الوجه الآتي : « ويجوز أن توجه المبدأ الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وفي كل نزاع مدني ، إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة لنظام العام » (وعن هذا النص في المشروع الصهيوني نقلت المادة ٤٧٢ من التقنين المدني العراقي) . وفي لجنة المراجعة نقلت العبارة الأخيرة من هذه الفقرة « لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة لنظام العام » مع تحويلها إلى صدر الفقرة الأولى من المادة لتكون أدق في الدلالة على الحكم المقصود ، وحذفت عبارة « في كل نزاع مدني » لعدم الحاجة إليها ، وأصبح رقم المادة ٤٢٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ولجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١١ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٤٤٩ وص ٤٥٢) .

(٢) الموجز المؤلف ص ٦٩١ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١١٤ فقرة ٢ : يجوز أن

توجه المبدأ الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى في كل نزاع ، إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة للقانون أو مخالفة لنظام العام وللأداب . (ولا فرق في الحكم بين القانون السوري والتقنين المصري ، والنص السوري يتفق مع نص المشروع الصهيوني لتقنين المصري وقد تقدم ذكره) .

وبقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٠ (١)

## ٢٧٨ - توجيه الميمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى

ويبين من نص التقنين المدني المصري المتقدم الذكر أنه يمكن توجيه الميمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ، إلى أن يصدر حكم نهائي (٢) . ذلك أن الميمين الحاسمة طريق من طرق الإثبات ، فيمكن الالتجاء إليه بعد تقديم أوجه إثبات أخرى (٣) . بل يجوز بعد إقفال باب المرافعة طلب إعادة فتحها وتوجيه الميمين الحاسمة (٤) . ولكن لا يجوز للخصم توجيهها بعد أن يكون قد قبل من خصمه الإثبات بالينة (٥) .

وجوز توجيه الميمين الحاسمة لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، في أية حالة كانت عليها الدعوى ، على الوجه المتقدم الذكر (٦) .

= التقنين المدني العراقي م ٤٧٢ : يجوز أن توجه الميمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى وفي كل نزاع مدني . إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة لنظام العام أو الآداب . ( فالحكم واحد في التقنينين المصري والعراقي ، والنص يتفق مع نص قانون البينات السوري ) . تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣١ : يجوز الاستعانة في أي حال من أسواق الدعوى ، وإن لم يكن هناك بداية لإثبات للطلب أو للدفع المستعطف عليه . ( والحكم واحد في التقنين اللبناني والتقنين المصري ) .

التقنين المدني للملكة الليبية المتحدة م ٤٠٠ : مطابقة لنص التقنين المصري .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٠ : يجوز توجيه الميمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لم يوجد أي مبدأ ثبوت للطلب أو للدفع المطلوب التحليف عليه .

Art. 1360 : Il peut être déferé en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.

(٢) استئناف مخطوط ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٢٢٩ — ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٤ — ٢٧ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٨٧ — ٢٥ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٨ — ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٠ .

(٣) أوبري ورو ١٢ ص ١٤٥ وعامش رقم ٣٠ .

(٤) الموجز المؤلف من ٦٩١ — الأستاذ أحمد فشت في الإثبات ٢ فقرة ٥٧٩ . فلون بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٤٦ .

(٥) استئناف مخطوط ٥ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٨ .

(٦) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الميمين الحاسمة هي من أوجه الدفاع التي يجوز =

ولكن لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة لأول مرة أمام محكمة النقض (١).

٣٧٩ - يجوز ترميم اليمين الحاسمة على سبيل التوضيح : يحسن هنا أن نميز بين فروض ثلاثة حتى لا يقع لبس فيما بينها ، ولا يختلط بعضها ببعض :

الفرض الأول أن يقدم الخصم أدلة على ادعائه ، فيحصها القاضي ولا يفتتح بها . وإذا عرف الخصم منه ذلك ، ينزل عما قدم من أدلة ، ويقتصر على توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه . وهذا دون شك جائز . وقد قلنا أنه يجوز للخصم أن يلتجئ إلى اليمين الحاسمة بعد أوجه إثبات أخرى ، وأمام محكمة الاستئناف ، بل يجوز طلب إعادة القضية إلى المرافعة لتوجيه اليمين الحاسمة (٢) .

والفرض الثاني أن يوجه الخصم اليمين الحاسمة إلى خصمه ، ويقول إنه يوجهها ابتداء حتى إذا حلفها الخصم فإنه يحتفظ لنفسه بالحق في تقديم أدلة أخرى . وهذا دون شك غير جائز (٣) . فإنه متى حلف الخصم اليمين ، خسر من وجهها

= طلبها في أية حالة كانت عليها الدعوى ، سواء كانت في الدرجة الأولى أو في الدرجة الثانية ، وسواء طلبت اليمين : كل دفاع أو بحد (١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ١٠ ص ١) — انظر أيضاً : استئناف مخطط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٢٢ — ٣١ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٣ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٦ — وانظر أوبري ورو ١٢ ص ١٤٥ . (١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٤٥٠ — ص ٤٥١ . أنسيكلويدى دالوز في القانون المدني : Prouve فقرة ١١٤١ .

(٢) الموجز المؤلف ص ٦٩١ — وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه يجوز بعد أن يقضى للخصم بالإثبات بالبينة أن ينزل عن هذا الحكم ويوجه اليمين الحاسمة (٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٨) — انظر أيضاً : استئناف مخطط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٦ — ٢١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١١ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٣ — ٩ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٩٥ — ١٢ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٧ — ٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٠٢ — ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٥ — ١٧ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٢٢ — ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٩ — ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٢٢ .

(٣) فالخصم بعد توجيه اليمين إلى خصمه لا يجوز له أن يعود ويطلب الإثبات بالبينة (استئناف مخطط ١٢ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٤٥) . وإذا حلف خصمه ، فلا يجوز له أن يعود ويطلب في الالتزام بأنه يتضمن فوائده رهوية (استئناف مخطط ٤ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٨) . أو يعود بعد حلف اليمين في محكمة أول درجة إلى طرق إثبات أخرى =

إليه دعواه ، ولا يسمح له بالرجوع إلى هذه الدعوى على أية صورة كانت كما سئرى . بل إن مجرد قبول الخصم لحلف اليمين الموجهة إليه يمنع من وجه اليمين من الرجوع في توجيهها ، ومن ثم منحه من التقدم بأدلة أخرى .

والفرض الثالث أن يقدم الخصم أدلة على ادعائه ، ويقول إنه على سبيل الاحتياط ، في حالة ما إذا لم يقتنع القاضي بهذه الأدلة ، يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه . وهذا هو توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط ، وهو الفرض الدقيق الذي نقف قليلاً عنده . ونذكر بادية ذى بدء أن الخصم قد يجد نفسه في حاجة إلى هذا الاحتياط . فقد يكون الحكم الذي يوشك أن يصدر في دعواه حكماً نهائياً - بأن كانت الدعوى أمام المحكمة الاستئنافية أو كانت مما لا يجوز الاستئناف فيه - وقد قدم ما وسعته الطاقة أن يقدمه من الأدلة وهو في شك من مبلغ اقتناع القاضي بها . فيخشى ، إن هو ترك القاضي يفصل في الدعوى بحالتها هذه ، أن يصدر حكم نهائي يرفضها ، فلا يستطيع بعد ذلك أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه . لذلك لا يرى له بدياً من الاحتياط : يطلب ، في حالة ما إذا لم يقتنع القاضي بالأدلة المقدمة ، أن تعاد القضية إلى المرافعة لتوجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه . فطلبه إعادة القضية إلى المرافعة ليس طلباً بمنجزاً كما هي الحال في الفرض الأول ، بل هو طلب معلق على شرط عدم اقتناع القاضي بالأدلة المقدمة . وقد كان تقنين المرافعات السابق يقضى في المادة ١٨٧/١٦٦ بأنه لا يجوز التكليف من باب الاحتياط باليمين الحاسمة لأن التكليف بتلك اليمين يفيد ترك ما عداها من أوجه الثبوت للمادة المراد الاستحلاف عليها ( انظر أيضاً المادة ٢٩٠/٢٢٥ من التقنين المدني السابق ) . وكان يمكن حل هذا النص على الفرض الثاني دون الفرض الثالث ، فلا يجوز للخصم أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه ابتداءً ،

---

١٨ - لنس المرافعة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٤ - ١٨ مابروية ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٤٨) ، ولكن يصح أن ينازع في روافقه غير المرافعة التي حلف خصمه فيها اليمين ، كما إذا حلف الشفع على عدم العلم بعود المشتري إلى متنفذة أوجه أخرى لسقوط حق الفسفة ( استئناف مخطط ٤ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٧ ) . انظر أيضاً في عدم جواز تقديم أدلة أخرى بعد توجيه اليمين : استئناف مخطط ٩ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٤٤ - ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٢ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٤١ م ٤٤ ص ٣٦٦ .

مع الاحتفاظ لنفسه، على سبيل الاحتياط في حالة حلف الخصم لليمين ، بالحق في تقديم أدلة أخرى ، ذلك أن التكليف باليمين الحاسمة يفيد ترك ما عداها من أوجه الثبوت الأخرى . ولكن القضاء حل النص على القرضين معاً ، وحرّم على الخصم أن يوجه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط في أية صورة من الصورتين <sup>(١)</sup> . وشاعت صدقة طيبة أن تقنين المرافعات الجديد طلع دون أن يشتمل على نص مماثل للمادة ١٨٧/١٦٦ من تقنين المرافعات السابق ، بحجة أن هذا النص - كما تقول المذكرة التفسيرية لهذا التقنين - بقررحكاً موضوعياً محلّه التقنين المدفئ . وطلع التقنين المدفئ الجديد خالياً هو أيضاً من هذا النص ومن النص الآخر الذي كان يشتمل عليه التقنين المدفئ السابق ، إذ كانت المادة ٢٩٠/٢٢٥ تقضي بأن التكليف باليمين يؤخذ منه أن طالبا ترك حقه

(١) استئناف أطل ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٢ الاستقلال ٥ ص ١٧٠ - استئناف مخطط ٥ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٨ - ١٨ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩٧ - أول ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٤٣ - ٦ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٣٤ - ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٥٢ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٥ - ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٩٠ .

وهناك من الأحكام ما قضى بأنه إذا وجه الخصم اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط مع أدلة أخرى ، فإن توجيه اليمين الحاسمة لا يقبل ، ولا يمتد إلا بالأدلة الأخرى المقتضية : استئناف مخطط ٩ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٣٩ - ٢٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٣٨ . وهناك أحكام قضت ، على العكس من ذلك ، بأنه لا يمتد بالأدلة الأخرى ، وتقبل اليمين الحاسمة دون غيرها : استئناف مخطط أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٥ - انظر أيضاً : استئناف مخطط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١١٣ - ١٨ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩٧ - ١٠ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٩٦ - من وجه اليمين الحاسمة فقد زل عما سواها من طرق الإجبات إلا لدفع بعدم الاعتصاص الموضوعي : استئناف مخطط ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٥٠ .

وهناك أحكام قضت بقبول توجيه اليمين الحاسمة فيما يتعلق بنشوء الدين مع جواز تقديم الدليل على انقضاء الدين بالتقدم فيما إذا ثبت نشوءه بحلف اليمين ، لأن انقضاء الدين بالتقدم لا يتعارض مع نشوئه ، بل يتركه : استئناف مخطط ٤ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢١٨ - أول مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٣٦ .

هذا والقضاء الفرنسي يعتبر أن توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط مع تقدم أدلة أخرى يكون من شأنه أن يجعل اليمين الحاسمة يميناً متسة للقاضي حرية التصدير في توجيهها لمرم توجيهاً لاستكمال الأدلة المقدمة (أوبري وود ١٢ ص ١٤٦ - ص ١٤٧ - قانون في ذلك بومبي وبارد ٤ فقرة ٢٧٤٨) .



فيما عداها من أوجه الثبوت . فالنص الذي كان القضاء يستند اليه في تحريم القرض الثالث هو الآن غير موجود في التشريع المصري <sup>(١)</sup> . فلا مناص إذن من الرجوع الى القواعد العامة .

وهذه تحرم دون شك - كما قلنا - القرض الثاني من القروض الثلاثة السابقة الذكر . أما القرض الثالث فلا تريب على الخصم فيه ، فهو يقدم أدلته ، ويطلب في الوقت ذاته توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه إذا لم تقتنع المحكمة بهذه الأدلة . وما دام يستطيع أن يوجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى إلى أن يصدر حكم نهائي ، ففي القرض الذي نحن بصدده لم يصدر حكم نهائي ، فيجوز له إذن أن يوجه اليمين الحاسمة في هذه الحالة من حالات الدعوى <sup>(٢)</sup> .

## المطلب الرابع

### موضوع اليمين الحاسمة

٢٨٠ - النص صريح القانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤١١

من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام . ويجب أن تكون

---

(١) وقد أسأل التقنين المدني الجديد بدوره عن تقنين المرافعات عندما أفضل نص المادة ٢٢٥/٢٩٠ ، وسأأتى بيان ذلك .

(٢) انظر بودوي وبارد ٤ فقرة ٢٧٤٨ - الأستاذ عبد السلام خضي في الأدلة ٢ ص ٣٢ - ص ٣٩ وبجاءة القضاء المختلط والقضاء الإيطالي في ص ٣٤ هاشم رقم ٣ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٨١ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٣٣ - الأستاذ أبو حيف في المرافعات فقرة ٩١١ - وقد قضى التقنين الألماني ( م ٤١٨ ) بأن اليمين الحاسمة إذا وجهت على سبيل الاحتياط مع أدلة أخرى لا يكلف الخصم بحلفها إلا عند عدم نجاح هذه الأدلة .

وقضت محكمة الأقصر - في عهد تقنين المرافعات السابق ومع وجود المادة ١٨٧/١٦٦ من هذا التقنين - بأنه لا مانع يمنع الخصوم من توجيه اليمين الحاسمة بعد تقديم طرق إثبات أخرى أو حتى عند عدم نجاح هذه الطرق الأخرى ( ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ المحللة ١ رقم ٤٤ ص ٢٥٦ ) .

الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين ، فإن كانت غير شخصية له انصبت اليمين على مجرد علمه بها <sup>(١)</sup> .  
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص <sup>(٢)</sup> .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون اليمينات السوري المادة ١١٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٧٢ و ٤٧٩ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادتين ٢٢٩ فقرة ٢ و ٢٣٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٠ فقرة أولى <sup>(٣)</sup> .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :  
« ١ — يجب أن تنصب اليمين الحاسمة على واقعة متعلقة بشخص من وجهت له اليمين ، أو على أية واقعة أخرى إذا انصبت اليمين على مجرد العلم بهذه الواقعة . ٢ — ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وفي كل نزاع مدنى ، إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة لنظام العام » . وفي لجنة المراجعة نقلت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية إلى صدر الفقرة الأولى لتكون أدق في الدلالة على الحكم المقصود ، وقد تقدم ذكر ذلك ، وأصبح نص المادة على الوجه الآتى : « ١ — لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة لنظام العام ، ويجب أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين ، فإن كانت غير شخصية له انصبت اليمين على مجرد علمه بها . ٢ — ويجوز أن توجه اليمين في أية حالة كانت عليها الدعوى » ، وأصبحت المادة ٤٢٤ من المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١١ ، فجلس للشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٩ و ص ٤٥٢) .

(٢) الموجز المؤلف ص ٦٩١ — ص ٦٩٢ .  
(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون اليمينات السوري م ١٤٤ : ١ — يجب أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين ، فإن كانت غير شخصية له انصبت اليمين على مجرد علمه بها . ٢ — يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى في كل نزاع ، إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة بمنوعة بالقانون أو مخالفة لنظام العام أو للإداب . ( الحكم واحد في القانون السوري والتقنين المصري ) .  
التقنين المدني العراقي م ٤٧٢ : يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى وفي كل نزاع مدنى . إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة لنظام العام أو للإداب — م ٤٧٩ .  
١ — إذا حلف شخص على فعله يخلف على اليمينات ، وإذا حلف على فعل غيره يخلف على عدم العلم .  
٢ — واليمين إما بالسبب فيما لا يرتفع سببه ، أو بالخاصة فيما يرتفع سببه — ( ويلاحظ أن الحكم واحد في التقنينين المصري والعراقي ، ولو أن بعض نصوص التقنين العراقي مستمدة من الفقه الإسلامي ) .

### ويقال في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٥٩ (١)

وتنص المادة ١٧٥ من تقنين المرافعات على أنه ويجب على من يوجه لخصمه اليمين أن يبين بالدقة الوقائع التي يريد استحقاقه عليها ، ويذكر صيغة اليمين بعبارة واضحة جلية . وتنص المادة ١٧٦ من هذا التقنين على أن « للمحكمة أن تعدل صيغة اليمين التي يعرضها الخصم بحيث تتوجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها » (٢) .

٢٨١ - **نورم الجميع الخامسة مسائل الفانونية** : ونذكر البداية أن اليمين الحاسمة لا يجوز أن توجه إلا في واقعة قانونية ، أي في مسألة من مسائل الواقع ، لا في مسألة من مسائل القانون . ذلك أن استخلاص حكم القانون من شأن القاضي وحده لأن شأن الخصوم ، وقد قدمنا أن هؤلاء لا يكلفون بإثبات مسائل القانون . واليمين الحاسمة في هذه الناحية كالإقرار (٣)

٢٨٢ - **نورم الجميع الخامسة في واقعة قانونية محددة أيا كانت قيمتها** : فلا توجه اليمين الحاسمة إذن إلا لمسألة من مسائل الواقع : واقعة قانونية محددة

« تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٢٩ فقرة ٢ : ولا يجوز الاستئناف على فعل جرمي أو منافي لنظام العام ، ولا على عقد يوجب القانون لصحة متداً خطياً ، ولا على إنكار واقعة يثبت حكم رسمي حصولها بحضور المأمور الرسمي الذي قبل العقد م ٢٣٠ : لا يجوز الاستئناف إلا على واقعة شخصية مختصة بالفريق الذي يكلف اليمين ، أو على براءة واقعة أخرى . (والحكم واحد في التقنين اللبناني والتقنين المصري) .

**التقنين المدني للمسلكة الجببة المتحدة م ٤٠٠ فقرة أولى** : مطابقة لنص التقنين المصري .

(١) **التقنين المدني الفرنسي م ١٣٥٩** : ولا يجوز توجيهها ( اليمين الحاسمة ) إلا على واقعة

تصلح بشخص من وجهت إليه اليمين .

Art. 1359 : Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la personne à laquelle on le défère.

(٢) وقد أورد قانون البينات السوري في المادة ١١٨ منه نص هاتين المادتين من تقنين المرافعات المصري .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا المسند ما يأتي : « يضمن أن ترد اليمين على واقعة قانونية ، لا على مسألة من مسائل القانون . فحكمها من هذا الوجه حكم الإقرار . ذلك أن استخلاص الآثار القانونية التي ترتب على الواقع من شأن القاضي » ( مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٤٤٩ ) .

واضحة . ويجب على من يوجه اليمين أن يضع صيغتها ، بحيث يبين بعبارة واضحة دقيقة الراقعة التي يريد استخلاص خصمه عليها . فإذا رأى القاضي أن الصيغة يعوزها الوضوح أو الدقة ، كان له أن يعدل فيها حتى تتحدد الواقعة المطلوبة الخلف عليها ( م ١٧٥ - ١٧٦ مرافعات ) . وفي هذه الحالة لا توجه اليمين إلا بعد أن يوافق الخصم الذي وضع الصيغة الأولى على التعديل الذي أدخل فيها ، فقد يكون هذا التعديل من شأنه أن يحور الصيغة تحويراً يجعلها تنصرف إلى معنى غير الذي أراده ، فلا يرضى بتوجيه اليمين على هذا النحو<sup>(١)</sup> . وقد قدما أن توجيه اليمين تحكم من جانب الخصم لا من جانب القاضي<sup>(٢)</sup> .

وبصح توجيه اليمين الحاسمة في أية واقعة قانونية ، أياً كانت قيمتها ، حتى لو تجاوزت هذه القيمة نصاب البيئة وليس عند المدعي كتابة تثبت مدعاه . فيستطيع ، وقد عجز عن تقديم الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون ، أن يوجه إلى خصمه اليمين الحاسمة ، وهي آخر ملجأ له في هذه الحالة . أما إذا كان عنده مبدأً لثبوت بالكتابة ، فهو لا يوجه اليمين الحاسمة إلا إذا عجز عن استكمال دليبه بالبيئة أو القرائن . فان استطاع ذلك ، أو استطاع إقناع القاضي باستكمال الدليل عن طريق توجيه اليمين المتضمنة إليه هو ، فانه حينئذ لا يلجأ إلى توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه بعد أن توافر لديه الدليل على حقه<sup>(٣)</sup> .

(١) الموجز لمؤلف ص ٦٩٠ .

(٢) أوبري ورو ١٣ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ .

(٣) والقضاء مستفيض في هذا الموضوع : والمبدأ الأساسي هو أن اليمين توجه في أية واقعة متعجة جائزة الإثبات ( استئناف مختلط ٢٦ يونية سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٧٢ - ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٠ ) - ويجوز توجيهها حتى بعد الدفع بالتقدم ( استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢١٨ - أول مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٢٦ ) - كما يجوز توجيهها لإثبات مكنس الثابت بالكتابة : استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٧٦ - ٢٤ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٣٨ ( لإثبات التخليص من دين ثابت بالكتابة ) - ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٦ ( المقرض يتسكك بأن في ذمته مبلغاً أقل ، فاليمين يجب أن تفسح المجال لحلول ثلاثة : الخلف على المبلغ الأكثر الذي يتسكك به المقرض ، التكرار إطلاقاً ، الخلف على المبلغ الأقل الذي يتسكك به المقرض ) - ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ ( لإثبات ما يجاوز الكتابة أو يمارسها ) - ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧٣ ( على صفة حساب حتى لو كان هذا الحساب قد صدق عليه ) - ٢ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢٢ - لا توجه اليمين لمعارضة واقعة ثابتة بمسند صادر من وجهها ) - ١٦ فبراير سنة ١٩٠٤ =

### ٢٨٣ - حرر مخالف الواقعة للنظام العام : ويجب أن تكون الواقعة

التي يطلب الحلف عليها غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب . ذلك أن توجيه اليمين تحكميم ، كما قلنا ، وهو والإقرار في هذا سياق . وقد نصت المادة ٨١٩ من تقنين المرافعات على أنه « لا يصح التحكيم إلا بمن له التصرف في حقوقه ، ولا يصح التحكيم في نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أو الجنسية ولا في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح » . ومن ثم لا يجوز توجيه اليمين في وصية تريد على الثلث ولا في هبة عقار لم تكتب في ورقة رسمية لأن الواقعة تخالف القانون . ولا يجوز توجيه اليمين في النسب ولا في الجنسية لأن هذا يخالف النظام العام . ولا يجوز توجيه اليمين في إنكار أنزل للمهارة أو للمقاورة لأن هذا يخالف الآداب . وقس على ذلك عدم جواز توجيه اليمين في دعوى يدفع فيها بالتقادم إذا لم يكن مبنيًا على افتراض الوفاء <sup>(١)</sup> ، أو يدفع بعدم جواز سماعها لحجية الأمر المقضي ، أو يطلب فيها اثبات التزام طبيعي مع الحكم بتنفيذه ، أو اثبات اتفاق على ربا فاحش <sup>(٢)</sup> .

---

٢٨ م ١٧ ص ٨ ( ولو لم يوجد مبدأ ثبوت بالكتابة ) — ١٥ يونيو سنة ١٩١٩ م ٢٨ ص ٣٤ و ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٤٦ و ٢٢ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨١ ( لثبات مكس الثابت بالكتابة ) — انظر أيضاً : استئناف مخطوط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٢٢ — ١٥ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٤٨٤ — ٢١ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٥٤ — وانظر : استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٦٢ ( الإثبات بعض الوقائع المتنازع عليها دون البعض الآخر ) .

أنظر في هذه المسألة المذكورة الإيضاحية للشروع التمهدي ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥١ ) — وانظر أيضاً : أوبري ورو ١٢ ص ١٤٤ .

(١) والصورة هنا أن يدفع المدعي عليه بتقادم الدين ، فيوجه إليه الدائن اليمين الحاسمة ليحلف على أن الدين غير موجود في ذمته . ولكن يجوز للمدعي عليه ، إذا لم يستطع إثبات التقادم ، أن يوجه اليمين الحاسمة إلى المدعي ليحلف على أن الدين موجود في ذمة المدعي عليه .

(٢) استئناف مخطوط ٢٩ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٣ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة على واقعة لو صحت كانت جريمة ، لأنه لا يصح أن يكون التكرار من اليمين دليلاً على ارتكاب الجريمة ( ١٧ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ١٠ ص ٢٠ ) . كذلك لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة ولا اليمين المنتمية في دعوى جنائية أو في دعوى مدنية مرفوعة أمام محكمة جنائية ( يوردي وهارد ٤ فقرة ٢٧٤٥ — بلانول وريير وجابولده ٢٨

ولكن اذا وجهت اليين من الشخص الذى كان ضحية الواقعة غير المشروعة لإثبات هذه الواقعة وترتيب حكم القانون عليها . فان هذا يجوز ، فيجوز للمقرض أن يوجه اليين الى المقرض ليحلف على أن مبلغ القرض الذى يطالب به لايشتمل على فوائد ربوية فاحشة ، ويجوز للمدين بسند أن يوجه اليين الى الدائن ليحلف على أن سبب الدين ليس سبباً غير مشروع كقامرة أو رهان<sup>(١)</sup> .

= فقرة ١٥٧٦ - الأستاذ عبد السلام ذهب في الأدلة ٢ ص ٢٥ - ص ٢٦ - وقارن جارسون في تعليقاته على قانون العقوبات الفرنسى ٢ فقرة ٦٣٧ ) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : . . نص (المشروع) على عدم جواز توجيه اليين بشأن واقعة تخالف النظام العام ، فلا يجوز توجيه اليين مثلا بشأن واقعة جنائية ، فاليمين قاصرة على المنازعات المدنية ، ولا تقبل قط في المسائل الجنائية ولو فيها ينطق بالدهوى المدنية . وقد أقر الفقه والتضاء الاستثناءات الآتية ولم يجر توجيه اليين : (١) لإقامة الدليل على تصرف يشترط لوجوده شكل خاص ، لأن الكتابة لا تكون في هذه الحالة دليلاً فحسب ، بل تكون شرطاً من شروط الصحة . (ب) لتنازع في البيانات التي يلحق بها وصف الرسمية في محرد دسى ، لأن الدليل العكسى لا يقام إلا من طريق الطعن بالتزوير ( استئناف مخطوط ١٩ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٥١ ) . (ج) لنقص دلالة قرينة قانونية مؤسدة على النظام العام ( استئناف مخطوط ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٤ ) = مجموعة الأعمال المختصرة ٣ ص ٥٥١ - ص ٥٥٢ ) .

(١) وقد قضت محكمة أسبوط الجزئية بأنه يجوز توجيه اليين الخاصة على واقعة علة بالعرف أو مخالفة لقانون كواقعة زنا فردية ، لأن توجيه اليين في مثل هذه الحالة لا ينافي النظام العام أو الأداب ( ٢٥ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٣٣ ) - وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأنه يجوز توجيه اليين الخاصة لإثبات الربا الفاحش ( أى واقعة فردية ) لأن ذلك وإن كان يؤدي إلى إثبات دكن من أركان جريمة الربا الفاحش إلا أنه لا يمس النظام العام في شيء ( ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٨٨ ص ٢٧٩ ، قارن الأنصر ١٤ فبراير سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ ص ٢٥٩ ) . أما إذا كانت الوقائع المراد التحليف عليها تكون عادة الإضرار بالربا الفاحش ، فلا يجوز توجيه اليين الخاصة فيها ، لأنه لا يجوز التحليف على واقعة لو صحت كانت جريمة كالقتل ( انظر المحاماة السابقة ) . ومع ذلك فقد جاء في حكم محكمة أسبوط الكلية : اختلف الفقهاء في جواز تحليف اليين على واقعة تعاقب عليها جنائياً ، فقال البعض بجمرازه استناداً إلى أن المطلوب تحليفه إذا كان ربياً حلف اليين ، وإلا فهو ليس أهلاً للرقابة ، وقال البعض الآخر إنه لا يجوز إخراج مركز الخصم وتحليفه مذنباً في ما لا يجوز التحليف عليه جنائياً . غير أنه يجمع على جواز التحليف على واقعة ولو كانت مسلمة بالشرف ، وكذا على واقعة واحدة لربا فاحش إذ هي وحدها لا تكون جريمة الاضهاد على الربا الفاحش ( ٢١ مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٣٨ ص ٥٥٦ ) .

رؤى ما نعمتنا من القضاء المصرى أن الرأى الرابع هو جواز التحليف على واقعة مسلمة =

٢٨٤ - يجب أنه تكون الواقعة حاسمة في الردعوى : ولا توجه اليقين الحاسمة الا في واقعة حاسمة في الردعوى (١). ذلك أن مهمة هذه اليقين - كما هو ظاهر من اسمها - هي حسم النزاع . وهي بمجرد توجيهها الى الخصم تقرر مصير للدعوى . فاذا حلفها خسر المدعى دعواه ، واذا نكل أجيب المدعى الى طلباته ، واذا ردها وحلف المدعى كسب الدعوى ، أو ردها ونكل المدعى خسر الدعوى . فعل أي وجه من الوجوه تنتهي اليقين الحاسمة ، فان النزاع لا بد أن ينحسم بها . ومن ثم لا يجوز توجيهها الا في الواقعة التي ينحسم بها النزاع . فلا يجوز توجيهها بالنسبة الى الطلبات الأصلية مع احتفاظ المدعى بالحق ، اذا حلف المدعى عليه ، في تقديم طلبات احتياطية (٢) . ولا يجوز توجيهها من المقرض الى المقرض في أن المقرض لا يشتل على فوائد ربوية اذا كان المقرض يطلب الحكم برفض الدعوى أصلاً لأن المقرض لم يتم (٣) .

وغنى عن البيان أن الواقعة الحاسمة في الردعوى يجب أن تكون الواقعة الأساسية لها ، فلا يصح توجيه اليقين في واقعة لا تلتخل في نطاق الدعوى .

== بالعرف وعدم جواز التخليط على واقعة تكون جريمة جنائية . ومع ذلك فقد أورد الأستاذ عبد السلام دهن خلافاً في حالتين المسألتين ( انظر الأمانة ٢ ص ١٨ - ص ٢٠ ) .

انظر في الفقه الفرنسي : أوبري ورد ١٢ ص ١٤٤ - بلانويل وريبير وجابوله ٧ لفرة ١٥٧٦ ص ١٠٥١ ولفرة ١٥٧٩ ص ١٠٥٣ - ص ١٠٥٤ .

(١) استئناف مصر ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٩ الأمانة ١٠ رقم ٧٤ ص ١٥٤ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٠ الأمانة ١١ رقم ٢١ ص ٣٩ - استئناف سخط أول أبريل سنة ١٩٢٩ م ٩ ص ٢٥٨ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٢ - أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٥ - ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٧ - ٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥١ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٦٨ - ٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٧ ص ١٨٨ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٧٣ - ٢٦ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٥ - ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٢٣ ص ٣٧٥ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤١ - ٢٠ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٨٣ .

(٢) بلانويل وريبير وجابوله ٧ لفرة ١٥٧٨ .

(٣) ولا يجوز توجيهها مع حفظ الحق ، في حالة التخليط ، في ربح دعوى مستقلة (استئناف سخط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٨١) - ولا في وقوع اتفاق مع عام على الاتساب التي يتقاسمها ، عام على الاتفاق ، برفض وقعه ، يجوز لقاضي تمثيله (استئناف سخط) . ==

مثل ذلك أن ينكر المدعى عليه أنه اقترض المبلغ الذي يطالبه به المدعى، فلا يجوز توجيه اليمين من المدعى إلى المدعى عليه أنه وفي هذا المبلغ، مادام المدعى عليه يقول إنه غير مدبر أصلاً، فلم تدخل واقعة الوفاء في نطاق ما يدفع به دعوى المدعى. ولا يصح توجيه اليمين في موضوع الدعوى أمام القضاء المستجمل لأن هذا القضاء لا شأن له بالبث في الموضوع، ولكن إذا وجهت اليمين في واقعة تدخل في اختصاص القضاء المستجمل أمام هذا القضاء صح ذلك<sup>(١)</sup>.

وكون الواقعة التي توجه فيها اليمين داخلة في الدعوى وحاسمة فيها مسألة واقع لا مسألة قانون، ومن ثم لا رقابة لهيئة النقض عليها<sup>(٢)</sup>.

## ٢٨٥ - تعلق الواقعة بسفهي من وجهته اليه اليمين - يمين

حرم العلم: ويجب أخيراً أن تكون الواقعة متعلقة بشخص من توجه إليه اليمين<sup>(٣)</sup>. فلا يجوز أن توجه لنصم عن وقائع لا تتعلق بشخصه<sup>(٤)</sup>، إلا إذا أريد تخفيفه على عدم علمه بهذه الوقائع. فلا توجه اليمين إلى صاحب السيارة

٣١ مايو سنة ١٩٣٣ م (٥٥ ص ٣٠٠) - ولا يجوز توجيهها إلى مدير مصرف في تعليمات يقول أحد العملاء إنه أعطاه لأحد الموظفين في هياب المدير، ما دامت هذه التعليمات، بمرضى صحة صدورهما من العميل، لا ترتب مسؤولية المدير (استئناف مخطوط ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٥٥ ص ٢٩٦). ولكن يجوز توجيهها في واقعة حاسمة، حتى لو اضطر القاضي، بعد حلفها، إلى حمل حساب ليلتين المبلغ الذي يلفس به على وجه الثقة (استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٦٢).

(١) جارسونيه وبيزاريري في المرافعات ٨ فقرة ٢٠٨ ص ٢٨ - سيزاريري وهورو في القضاء المستجمل ١ فقرة ٥٥ ص ١١٣ - أنسيكلوبيدي دالوز في القانون المدني (Preuve) فقرة ١١٤٠.

(٢) أوبري ورد ١٢ ص ١٤٢ - وأنظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٩.

(٣) استئناف مصر ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٩٢ رقم ٣٢ - استئناف مخطوط ٢٥ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٨ - ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٧ - ٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٥ - ١٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٤ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٤.

(٤) ولو تعلققت بأعمال صدرت من متبوعه وكان هو مستولا من هذه الأعمال (أوبري ورد ١٢ ص ١٤٣ ماشن رقم ٢١ - بلانويك وريير وجابوله ٧ فقرة ١٥٨٠).



على أن السائق لم يرتكب خطأ كان سبباً في الحادث الذي وقع إذا لم يكن صاحب السيارة وقت وقوع الحادث مستصباً للسائق ، وإنما يحلف صاحب السيارة على أنه لا يعلم أن السائق ارتكب خطأ . كذلك لا توجه التمين إلى وارث على أن مورثه غير مدِين بالخطأ المدعى به ، ولكن يجوز أن يطلب من الوارث أن يحلف على أنه لا يعلم أن مورثه مدِين بهذا الخطأ ، وهذا هو غاية ما يستطيع أن يحلف عليه<sup>(١)</sup>.

وفي الحالتين المتضمنتين الذكر إنما يحلف الخصم على عدم العلم لاعلى البتات ، لأنه يحلف على فعل غيره لاعلى فعل نفسه ، كما يقول التقنين المدني العراقي في الفقرة الأولى من المادة ٤٧٩<sup>(٢)</sup> . ولذلك سميت هذه التمين يمين عدم العلم (serment de crédulité, de crédibilité) وهي غير يمين الاستيثاق (serment libératoire) التي سيرد ذكرها عند الكلام في التمين المثممة ، وإن

(١) ابتقتان مخطوط ٤ مارس سنة ١٨٩١ م ٢ ص ٢١٨ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣١ — ١٢ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٢٧ — ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٧٣ — ٥ أبريل سنة ١٩٢١ م ٢٢ ص ٢٥١ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٥ — ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٦٦ ص ٤ .

(٢) وله رأينا أن المادة ٤٧٩ من التقنين المدني العراقي تنص على ما يأتي : ١ - إذا حلف شخص على فعل يحلف على البتات ، وإذا حلف على فعل غير محلف على عدم العلم . ٢ - واليمين إما بالسبب فيما لا يرتفع سببه ، أو بالخاص فيما يرتفع سببه . وعلى من يحلف على البتات لأنه يحلف على فعل نفسه من ادعى عليه بيع أو طلاق فيحلف أنه ما باع وما طلق . وعلى من يحلف على عدم العلم لأنه يحلف على فعل غيره من ادعى على مورثه يمين فيحلف أنه لا يعلم أن على مورثه الدين المدعى به . أما اليمين بالسبب أو بالخاص ، فينظر فيها إلى دعوى المدعى وإنكار المدعى عليه . فإن كان المدعى يطلب حقاً لم يمين سببه ، وأنكر المدعى عليه هذا الحق ، فاليمين تكون بالخاص ، ويحلف أن هذا الحق ليس في ذمته . وأن طلب المدعى حقاً وبين سببه ، وأنكر المدعى عليه حاصل دعواه ، فاليمين تكون أيضاً بالخاص ، كما إذا قال المدعى أن له ديناً في ذمة المدعى عليه سببه القرض ، فينكر المدعى عليه المديونية ذاتها دون أن يصرح بالقرض ، فيحلف أنه ليس عليه حقاً المدعى . وإن طلب المدعى حقاً وبين سببه ، وأنكر المدعى عليه هذا السبب ، فاليمين تكون بالسبب ، ففي المثل المتقدم ينكر المدعى عليه القرض ، ويحلف أنه ما وقع ( أنظر شرح المحلة للأستاذ سليم بلز المادة ١٧٤٩ ص ١١٠٢ — ص ١١٠٥ — طرق القضاء للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٥٣ — ص ٢٥٧ ) .

(٣) ويلاحظ أن يمين عدم العلم قد حمت في التمينين المدني الجديد ، غاية واقعة لا تكون قضية شخصية الخصم يحلف على عدم علمه بها ، دون نظر إلى ما إذا كان هذا الخصم هو الوارث أو غيره . وسرى في يمين الاستيثاق أن التمين على عدم العلم في المواضع التي تطلب فيها هذه التمين إنما يحلفها = ( ٢٥٠ الوسيط — ٢٤ )

كلاهما يقع الخلط بينهما كثيراً (١) ، فيبين عدم العلم بين حاسمة وبين الاستيثاق الراجع فيها أنها بين متتمة ، وسيأتى بيان ذلك .

= الورثة والأوصياء . لما في القانون الفرنسي فيبين عدم العلم تحلفها الورثة دون غيرهم ، لأن نص التفتين الفرنسي ( ١٣٥٩ م ) لم يرد فيه من التمسع ما ورد في نص المادة ١١١ ، فقرة أولى من التفتين المدى المصرى الجديد ( انظر في هذه المسألة أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ حاشى رقم ١١ وحاشى رقم ٢٢ - بودوى وبارد ٤ فقرة ٢٧٣٨ مكرر ١ - فقرة ٢٧٣٨ مكرر ٢ . (١) وسبب هذا الخلط أن بين الاستيثاق المنصوص عليها في المادة ٢٧٨ مدى وقى .

المادة ١٩٤ تجارى - وسيرد بيان ذلك تفصيلاً - اعتبرت خطأ هي بين عدم العلم . ثم وسع نطاقها ، فلم تصبح مقصورة على الحالتين المنصوص عليهما في المادتين السالفتي الذكر ، بل عمت فأصبحت تشمل جميع الحالات التى يمكن أن تحلف فيها الورثة على عدم علمهم بواقعة متصلة بشخص المورث . وبقيت الميى على اسمها - بين الاستيثاق - بعد هذا التمسع . فاحتلقت بين الاستيثاق المحدود في نطاق ميى وقى فنصوص ميى - وعده هي وحدها التى يصح أن يطلق عليها بين الاستيثاق - يبين عدم العلم التى لا شأن لها بالنطاق المرسوم لبين الاستيثاق . ونلتس أثر هذا الخلط في الأحكام والمؤلفات الفقهاء ( انظر مثلاً : نفس مدى أول يوليى سنة ١٩٤٤ مجموعة ص ٤ ، رقم ١٤٣ ص ٢٩٥ - استئناف أسبوط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٣ ص ٣٩٧ - المرحز المؤلف لقرة ٦١٠ - نظرية الالتزام للأستاذ أحمد حطيت أوبرى الطبة الأولى لقرة ٨٤٠ - لقرة ٨٤١ - وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية المطبوع النهيى في مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٤٥٠ ) . وانظر في وجوب التمييز بين بين عدم العلم وبين الاستيثاق الأستاذ سليمان مرقس في أصول الأليات لقرة ١٤٤ .

ونورد حكيم هككة استئناف أسبوط ، أحدهما يخلط بين بين عدم العلم وبين الاستيثاق ، والحكم الثانى على التمهى من ذلك يميز بين الميىين . جاء في الحكم الأول : يجوز توجيه بين عدم العلم أو بين الاستيثاق ، تطبيقاً لقواعد العامة المتعلقة بهتليف الميىين ، إذا توافرت شروطها القانونية . وليس من الصواب الأخذ بالرأى المرحوج القائل بأن بين الاستيثاق لا يصح توجيهها إلا في الحالات الاستثنائية الواردة بالمادتين ٢١٣ و٢١٤ من القانون المدف ( القديم ) والمادة ١٩٤ من القانون التجارى ، لأن القول بهذا الرأى يناقى المدل ، إذ ينقطع سبيل الدائن على الوراث الذى يعلم تمام العلم بأن مورثه مات وذته مشفوة بالدين ( ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٣ ص ٣٩٧ ) - وجاء في الحكم الثانى : إذا كان الأصل في الميىين الحاسمة ألا توجه إلا لنفس الخصم عن واقعة متعلقة بشخصه ، إلا أن هذا لا يمنع من توجيه الميىين لورثة على أن تكون صحتها قاصرة على علمهم أو عدم علمهم بمديونية مورثهم لحين وفاته . وهذا العلم أو عدم العلم بالمديونية مسألة شخصية بالنسبة للوراث ، فقد يكون الميىين صحيحاً وسع ذلك لا يعلم به الوراث فيحلف سادقاً بعدم العلم . وليس هذه الميىين بين استيثاق ، بل هي حاسمة يلتزم من وجهها بنتيجة توجيهها ( ١٠ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ٣٠٢ ص ١٢٥ ) . انظر أيضاً : بنى سؤيف الجزلية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الفرنسية ٣٢ رقم ١٠ ص ٢٠٠ .

## المطلب الخامس

عدم جواز الرجوع في اليمين الحاسمة

٢٨٦ - التنصيص القانوني : تنص المادة ٤١٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه أن يحلف »<sup>(١)</sup> .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص<sup>(٢)</sup> .

وبقابل لهذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري م ١١٦ فقرة ٢ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٧٦ - وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠١<sup>(٣)</sup>

« وبين عدم العلم - ككل يمين حاسمة - لا يجوز أن توجه إلى قاصر ولا يملك وصيه الحلف عنه . وقد قضت محكمة استئناف أسيرط ، في هذا المنحى ، بأنه إذا وجهت اليمين الحاسمة ثم توفي من وجهها ، فرد الموجه إلى تلك اليمين على الورثة ومنهم البالغ والقاصر ، فيعتبر أنه قد ارتكض هذه اليمين من البالغ دون القاصر ، لأنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة للقاصر لعدم أهليتهم ، ولا يملك وصيه الحلف عنهم . واليمين الحاسمة التي يوجهها الخصم إلى خصمه في الدعوى إنما يوجهها عنه عبثاً من الإثبات ، فإذا كان من وجهت إليه اليمين قاصراً بقيت حالة القاصر من الإثبات كما هي ، فلا يصح أن يلزم للقاصر بشيء إذ لا يمكن اعتباره ناكلاً (١٦ مايو سنة ١٩٣٥ الجمعية الفرنسية ٣٦ رقم ٩ ص ٢١٥) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٢٥ ، ثم مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٢ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٤٥٣ - ص ٤٥٤) .

(٢) الموجز لقرطوب ص ٦٩٠ - ص ٦٩١ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى - قانون البينات السوري م ١١٦ فقرة ٢ : مطابقة

لنص التقنين المصري .

التقنين المدني العراقي م ٤٧٦ : مطابقة لنص التقنين المصري .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٤ (١).

وتنص المادة ١٧٧ من تقنين المرافعات على أنه : إذا لم ينزاع من وجهت إليه اليمين لا في جوازها ولا في تعلقها بالدعوى ، وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلفها فوراً أو يردّها على خصمه ، وإلا اعتبر ناكلاً . ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجهاً . فإن لم يكن حاضراً وجب تكليفه على يد محضر بالحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حدّدته ، فإن حضر وامتنع دون أن ينزاع أو تخلف بتغير صلر اعتبر ناكلاً كذلك . وتنص المادة ١٧٨ من تقنين المرافعات أيضاً على أنه : إذا نازع من وجهت إليه اليمين في جوازها أو في تعلقها بالدعوى ، ورفضت المحكمة منازعتها وحكّت بتخليفه ، يثبت في منطوق حكمها صيغة اليمين ، ويعلم هذا المنطوق الخصم إن لم يكن حاضراً بنفسه ، ويتبع ما نص عليه في المادة السابقة .

## ٢٨٧ - متى يجوز الرجوع في توجيب اليمين الخامسة وفي ردّها :

ويبين من نصوص تقنين المرافعات أن اليمين الخامسة متى وجهت إلى الخصم ، فله أن ينزاع في جواز توجيهاً أو في تعلقها بالدعوى . فإن لم ينزاع ، أو نازع ورفضت المحكمة منازعته ، حكّت بتخليفه ، ويثبت في منطوق حكمها صيغة اليمين المطلوب من الخصم أن يحلفها .

وقد كان من المحقول وقد صلح الحكم بالتخليف - وانقطعت معارضة الخصم فيه فأصبح لازماً بالحلف أو بالرد وإلا عد ناكلاً - أن يصبح ممثلاً على الخصم الذي وجه هذه اليمين أن يرجع في توجيهاً . وهذا هو منطلق الوضع الذي صار إليه طالب اليمين : وجه اليمين إلى خصمه ، فصلح حكم بتوجيهاً ،

= تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٢٥ : إن الفريق الذي كلف خصمه حلف اليمين أو ردّها عليه لا يجوز له الرجوع إذا صرح الخصم باستعداده لحلف اليمين . ( وهذا النص يطابق في الحكم نص التقنين المصري ) .

التقنين المدني للمملكة العربية المتحدة م ٤٠١ : مطالبة لنص التقنين المصري .

(١) تقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٤ : لنصم على وجه اليمين أو ردّها لا يجوز له أن

يرجع في ذلك متى أعلن خصمه أنه مستعد لحلف هذه اليمين .

Art. 1364 : La partie qui a décliné ou réitéré le serment, ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment.

وأصبح خصمه ملزماً إما بالحلف وإما بالرد دون أن يعترف بشئ من ذلك على قبوله ، فكان المتعلق يقضى بأن الوقت الذى يعلم فيه الخصم الذى وجهت إليه اليمين بصدور الحكم بتحليفه هو الوقت الذى لا يستطيع فيه الخصم الذى وجه اليمين أن يرجع عن هذا الطلب . أما قبل ذلك فيكون له الرجوع ، ويلجأ فى إثبات الدعوى الى طرق أخرى غير اليمين ، أو يزل عن دعواه حتى يتيسر له الحصول على أدلة الإثبات فيرفع الدعوى ثانية إذا كان حقه لم يتقدم .

ولكن نصاً صريحاً فى التقنين المبنى الجليلد يقضى ، كما رأينا ، بأنه لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع فى ذلك متى قبل خصمه أن يحلف . وهذا النص مصدره المادة ١٣٦٤ من التقنين المبنى للفرنسى ، وتقضى بأن الخصم الذى وجه اليمين أو ردها لا يجوز له أن يرجع فى ذلك متى أعلن خصمه أنه مستعد لحلف اليمين . فالنص صريح إذن فى أن من وجه اليمين أو ردها يجوز له الرجوع فى ذلك ما دام خصمه لم يعلن أنه قبل أن يحلف اليمين . فيجوز الرجوع إذن حتى بعد صدور الحكم بتحليف اليمين ، وحتى بعد إعلانه للخصم . ولا يسقط حق الرجوع هذا إلا إذا أعلن الخصم الذى وجهت إليه اليمين أو ردت عليه أنه مستعد للحلف . فان لم يعلن هذا الاستعداد ، بقى حق الرجوع قائماً حتى يحلف اليمين فعلاً (١) .

وبالرغم من أن هذا الحكم لا يتفق مع المنطق ، كما قلنا ، وبالرغم من أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لا تعين على تعديده (٢) ، فإنه الحكم الذى

(١) استئناف غنطل ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٨ .

(٢) وهذا ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « استق نص هذه المادة من التقنين الفرنسى (م ١٣٦٤) والتقنين الإيطالى (م ١٣٧٢) والتقنين الهولندى (م ١٩٧٢) والتقنين البرتغالى (م ٢٥٢٨) . وليس هذا النص سوى نتيجة لطبيعة اليمين من كفاية القانونية . فاليمين ، كما تقسم ، نظام اسطوت فى مقتضيات العدالة ، وهو يبيح لمن يعززه الدليل أن يركن إلى ذمة خصمه . . . ويبيح لمن توجه إليه أن يرددها بدلاً من أدائها أو التكرار منها . ويقابل كلام من ملين الحقيق التزام الطرف الآخر بالاستجابة لهذه الدعوة ، وإلا كان هذا الحق علواً من العدالة . ويضرب على ذلك أنه إذا احكم شخص إلى ذمة خصمه ، فليس له أن يهدل فى موافقه إذا استجاب الآخر . لهذا الاحكام بالإمراء من استعداده لإلزام اليمين أو ردها ، لأن التراجع فى هذه الحالة يهتزل من نطاق القانون إلى نطاق العدالة . ويحسب من ذلك أن الأمر لا يمكن أن يعلق بمصلته أو صليح أو ليس عليه اليمين ، لأن مجرد توجيه اليمين إلى أحد =

تقضى به صراحة النص ، وقد جرى عليه الفقه والقضاء في فرنسا (١) .

فإذا ما قبل الخصم الحلف (٢) ، ولو كان القبول مقترناً بطلب تعديل البين  
لتكون النتيجة في الإثبات (٣) ، امتنع على الخصم الذي وجه البين أو ردّها أن  
يرجع في ذلك . فإن رجع رفضت دعواه ، لأنه ترك بتوجيه البين أو بردّها  
ما عداها من طرق الإثبات (٤) . وذلك كله ما لم يكن توجيه البين أو ردّها  
قد شابه غلط أو تدليس أو إكراه (٥) .

الخصوم لا يترك له حرية رفضها . بل القانون يفرض على من توجه إليه التزاماً تغييراً بأدائها  
أو التكتول منها أو بردّها ، متى قضى بقبولها ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٤٥٢ —  
ص ٤٥٤ ) .

فالمذكرة الإيضاحية تذكر أولاً أنه ليس لمن وجه البين ، وقد احتكم إلى دمة خصمه ، أن  
يمتنع في موقفه إذا استجاب الخصم لهذا الاحكام بالإعراب عن استعداده لأداء البين أو ردّها .  
وهذا صريح في أن الخصم الذي وجه البين لا يمتنع عليه حق الرجوع إلا من وقت قبوله خصمه  
الحلف أو الرد . ولكن المذكرة تعود ثانياً إلى القول بأن مجرد توجيه البين إلى أحد الخصوم  
لا يترك له حرية رفضها . فقبول هذا الخصم ليس إذن ضرورياً . فقيم إذن جعلنا هذا القبول  
هو الذي يمنع من الرجوع في توجيه البين ! ومهما يكن من أمر ، فالأفضل أن يعتبر ، كما  
قصدنا ، قبول الخصم الذي وجهت إليه البين بمثابة قبول المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير بمنع رجوع  
المنتفع من اشتراطه ، وإن كان المنتفع حرّاً في القبول أو الرفض وليس الخصم الذي وجهت إليه  
البين حرّاً في قبول هذا التوجيه أو رفضه . ( قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات  
ص ٢١٥ - ص ٢١٦ ) .

(١) أبوري ردو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ وحامس رقم ٤٠ - ويقول بلانويول وريير  
وجابولر أن قبول الخصم الذي وجهت إليه البين يعتبر قبولاً لإيجاب ( بلانويول وريير  
وجابولر ٧ فقرة ١٥٧٧ ص ١٠٥١ ) . وانظر في هذا المعنى وفي أن هناك حقاً قضائياً  
( *contrat judiciaire* ) يتولد من اقتران هذا الإيجاب بالقبول : استئناف غلط ه مارس  
سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢١٧ - ٢٨ مارس سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٦٥ .

(٢) ولا يعتبر قبولاً أن يرضى بالخلف على بعض الوقائع دون بعض ( استئناف غلط  
٤ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٦٤ ) .

(٣) استئناف غلط ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٠ .

(٤) استئناف أهل ١٦ يونيو سنة ١٩١٤ الجمعية الرسمية ١٦ رقم ٢٤ . ولتمنع عليه  
كلّك أن يطلب تعديل البين ( استئناف غلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٢٢١ ) .

(٥) أبوري ردو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ — كلّك إذا صدر إقرار من الخصم الذي  
وجهت إليه البين فعلاً أقوى من التكتول ، ولم يعد البين محل وجاز الرجوع فيها ( استئناف  
غلط ه مارس سنة ١٩٤٧ م ٩ ص ١٣٦ ) .

أما قبل قبول الخصم للحلف، أو قبل أن يحلف فعلا ، فإنه يجوز الرجوع في توجيه اليمين أو في ردّها<sup>(١)</sup> . ولا يشترط في الرجوع شكل خاص . بل إن استئناف الحكم القاضي بتوجيه اليمين أو بردها يعتبر رجوعاً في التوجيه أو في الرد<sup>(٢)</sup> .

٢٨٨ - الأمر الذي يترتب على الرجوع في توجيه اليمين أو في ردّها: وإذا رجع من وجه اليمين في وقت كان الرجوع فيه جائزاً ، ثم لجأ الى طرق أخرى لإثبات دعواه فلم يفلح ، جاز له أن يعود ثانية الى توجيه اليمين ، ما لم يكن قد نزل نهائياً عن توجيهها وقبل منه خصمه هذا النزول<sup>(٣)</sup> .

أما إذا رجع من رد اليمين على خصمه في هذا الرد ، اعتبر رده لليمين كأن لم يكن ، وعادت اليمين موجهة إليه هو ، وتعين عليه أن يحلف وإلا عد ناكلاً<sup>(٤)</sup> .

## المبحث الثاني

الأنوار التي تترتب على توجيه اليمين الحاسمة

٢٨٩ - مسائل أربع : إذا وجهت اليمين الحاسمة الى الخصم وفقاً للأحكام التي قلعتها ، لم يسع هذا الخصم إلا أحد أمرين : إما أن يحلف اليمين ، وإما أن يردّها حل من وجهها . فإذا لم يحلف اليمين أو يردّها ، عد ناكلاً

(١) كفر سقر ٨ يولي ١٩١٧ المبيعة الرسمية ١٩ رقم ٢١ .

(٢) أوبري دور ١٢ بقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ - نقض قرني ٣ مايو سنة ١٨٧٦ سيرة ٧٦ - ٩ - ٢١٦ .

(٣) أوبري دور ١٢ بقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ - ص ٦٥٠ وحاشي رقم ٤٠ - الموجز المؤلف ص ١٩١ - عكس ذلك ديترتون ١٣ بقرة ٥٩٧ - لاروسبيج ١٣٦٤ بقرة ٣ .

(٤) ويبدو أنه لا يوجد ما يمنع الخصم ، بعد أن رجع في رد اليمين ، أن يعود ثانية الى ردّها، وذلك فيما حل أن من يرجع في توجيه اليمين يستطيع أن يعود ثانية الى توجيهها . هذا ما لم يكن قد فهم خصم من رجوعه في رد اليمين أنه حدث تنازلاً عن ردّها ، فتتلك اليمين عليه أن يحلف وإلا عد ناكلاً .

وعسر الدعوى<sup>(١)</sup> فتوجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم يترتب عليه حتماً من جانب هذا الخصم أحد مواقف ثلاثة: (١) إما أن يخلف اليمين (٢) وإما أن يردّها على خصمه (٣) وإما أن يمتنع عن الحلف والرد فيعد ناكلاً. ثم إن لحلف اليمين أو النكول عنها حجية حددها القانون.

فهذه مسائل أربع نتكلم فيها على التتابع: (١) حلف اليمين الحاسمة (٢) ردّها (٣) النكول عنها (٤) حجيتها.

## المطلب الأول

### حلف الخصم لليمين الحاسمة

٢٩٠ - كيفية الحلف: يجب على الخصم الذي وجهت إليه اليمين الحاسمة، ولم يردّها على خصمه، أن يؤدي اليمين بنفسه، لأن خصمه قد احتكم إلى ضميره، فلا يصح أن يوكل غيره في الحلف. وقد نصت المادة ١٨٣ من تقنين المرافعات على هذا الحكم صراحة فقالت: «لا يجوز التوكيل في تأدية اليمين». وإذا صح التوكيل في تحليف اليمين، فإن التوكيل في حلفها لا يجوز، كما قلنا. وفي هذا المعنى تقول المادة ٤٧٣ من التقنين المدني العراقي: «تجرى النيابة في التحليف، ولكن لا تجرى في اليمين». (انظر أيضاً المادة ١٣٢ من قانون الميثاق السوري).

وتأدية اليمين تكون بأن يقول الخصم: «وأحلف»<sup>(٢)</sup>، ثم يذكر صيغة اليمين التي أقرتها المحكمة. فإذا كان دين الخصم يفرض أوضاعاً مقررة في الحلف،

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف القطرية بأن الحكم الذي يوجه اليمين يجب أن يقضى بقول أو رفض الدعوى في حالة الحلف أو عدم الحلف، فهو حكم مطلق على شرط في كل من التقنين (١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٤٣ ص ٩٠ - ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٢).

(٢) ولا يجوز التحليف بصيغة الطلاق، فإن الحلف بهذه الصيغة يصلح أثره إلى التزوجة والأولاد. وقد قضت محكمة طعنا الكلية بأن توجيه اليمين بصيغة الطلاق يخالف القانون، وذلك لأن قانون المرافعات لم يسمح للخصم الذي يكلف خصمه باليمين إلا أن يقدم صيغة اليمين التي يريده الاستعانة عليها، وقد جرى العرف في القضاء الأهل بأن تكون اليمين بصيغة «أقسم لو أحلف بأنه الطم» ، وسكت هذا هو القصور بجلال المحلف به وبرحمته وعفوية القلب. -



جاز الخصم أن يطلب تأدية اليمين وفقاً لهذه الأوضاع<sup>(١)</sup>. وقد وردت هذه الأحكام صراحة في تقنين المرافعات. فنصت المادة ١٨٠ من هذا التقنين على أن تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف أحلف ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة. ونصت المادة ١٨١ على أنه لمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة في ديوانته إذا طلب ذلك. (انظر أيضاً للمادتين ١٢٩ و ١٣٠ من قانون اليمينات السورى).

سواء اليمين بصيغة الطلاق ليس فيها شيء من حكمة اليمين، ويصدق أثرها إلى الغير (الزوجية والأولاد)، فهي أصح من اليمين بالله قوة، وهي نفس الغير إذا كان الحالف حائلاً (١٠ سبتمبر سنة ١٩١٩ المحاماة رقم ٣١ ص ١٩٦).

(١) كذلك يجوز الخصم الذي وجه اليمين أن يطلب من خصمه أن يضع يده على ما يعتبر في دينه الكتاب المقدس، إيماناً في إيمانه بجلالة الموقف ويحضر اليمين. وقد قضت محكمة بنى سويف الجزئية بأنه لا مانع يمنع الخصم منه توجيه اليمين الخاصة لخصمه من أن يطلب منه أن يضع يده على المصحف أو الإنجيل أو التوراة وقت الحلف، فلذا قبل الخصم حلف اليمين ورفض وضع يده على الكتاب عد ناكلاً عن اليمين (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة رقم ١٠٠ ص ٤٩٠). ومع ذلك فقد قضت محكمة الاسكندرية الكلية بأن وضع اليد على المصحف الشريف ليس من الفرح في شيء، ومن باب أول وضع اليد على مصحف خاص معروف بالبتريكية، وطبعه لمن يرفض حلف اليمين على هذه الصورة لا يند ناكلاً عن اليمين (١٤ يونيو سنة ١٩٢١ المحاماة رقم ٧١ ص ٢٢٧ — قارن محكمة لتفتيش القنصلية في قضاها الحالف فيها سلم من الجزائر: ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤-٥٨٥ — ٤ مايو سنة ١٩٣٦ — دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ ٣٣٢-٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٠ سيريه فهرست ١٩٤٠ لفظ الجزائر *Algerie* فقرة ٣ — أنسيكلوبيدي دالوز في القانون المدني *Prouve* فقرة ١٠٦١).

وكان تقنين المرافعات المختلط (١٩٠٢) يوجب رفع اليد اليمين منه الخصم. أما التقنين الوطني فلم يكن يوجب ذلك، وجرى المسئل في المحاكم الوطنية على أن يقدم الحالف « بالله العظيم ».

وقد رأينا أنه إذا كان دين من يحلف يفرض عليه ألا يقدم باسم الله، بل يقتصر على التأكيد باسم الله والتفسير، جاز له أن يكتفي بذلك ما دام مثل هذا التأكيد يعتبر يميناً في دينه. ولكن لا يلزم الخصم باتباع أوضاع دينه في الحلف إذا عرض أن يحلف وفقاً للأوضاع المدنية. (انظر أنسيكلوبيدي دالوز في القانون المدني *Prouve* فقرة ١٠٦٢ و فقرة ١٠٦٥).

لما كلفه الحلف في اللغة الإسلامية فقد جاء في البدائع ما يأتي: « وقال شافعيًا يظهر إلى حال الحالف، إن كان من لا يخاف منه الاجترار على الله تعالى باليمين الكاذبة، يمكن فيه بالله من وجل من غير تمليط. وإن كان من يخاف منه ذلك تمليط، لأن من السوام من لا يهاب من الحلف بالله من وجل كذلك فلذا حلف عليه اليمين بتمتع. وقال بعضهم إن كان الملك للمضي سراً يمكن فيه بالله من وجل، وإن كان كثيراً يملط. وصنفه العليلة أن يقول: والله للشيء

ويعتبر في حلف الأخرس ونكوله إشارته الموهودة إن كان لا يعرف الكتابة، فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها (م ١٨٢ مرافعات). وقد نصت المادة ٤٧٨ من القانون المدني العراقي على أنه «تعتبر عين الأخرس ونكوله عن العين بإشارته الموهودة» (١). (انظر أيضاً المادة ١٣١ من قانون البيئات السوري).

«لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، ونحو ذلك مما يمد تغطيته في الغيب». وإن كان الحالف كافراً، فإنه يحلف بالله عز وجل أيضاً، فنياً كان أو مشركاً، لأن المشركين لا ينكرون الصانع، قال الله تبارك وتعالى جل شأنه: «ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله، فيحفظون اسم الله تعالى عز شأنه ويعتقدون حرمة الإله... وإن رأى القاضي ما يكون تغطياً في دينه فعل، لما روينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم غلط على ابن صردا، دل أن كل ذلك سائغ، فيحلف على اليهودي بالله تعالى عز وجل الذي أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام، وعلى النصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على سيدنا يسى عليه الصلاة والسلام، وعلى اليهودي بالله الذي خلق النار... وكذلك لا يجب تغطيته العين على المسلم زمان ولا مكان عدنا. وقال القاضي رحمه الله: «إن كان بالهنية يحلف منه المنبر، وإن كان بمكة يحلف منه الميزاب، ويحلف بمد البصر. والصحيح قولنا، لما روينا من الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «ليبتع على المدي واليمين على المدي عليه، مطلقاً عن الزمان والمكان». وروى أنه اخضع زيد بن ثابت وابن مطيع في دار إلى مروان بن الحكم، فغضب على زيد بن ثابت باليمين عند المنبر، فقال له زيد أحلف له مكاف، فقال له مروان لا والله إلا عند مقاطع الحقوق، فجعل زيد يحلف إن حقه حق وأبي أن يحلف عند المنبر، فجعل مروان يصحب من ذلك، ولو كان ذلك لازماً لما أحصل أن يأباه زيد بن ثابت. ولأن تخصيص التحليف بمكان وزمان تطيع غير اسم الله تبارك وتعالى، وفيه معنى الإشراف في التعظيم». (البدائع ٦ ص ٢٢٧ - ص ٢٢٨). وجاء في البحر الرائق في صدد التحليف بالطلاق ما يأتي: «وفي الخافية وإن أراد المدي تحليفه بالطلاق والعتاق في ظاهر الرواية لا يبيحه القاضي إل ذلك، لأن التحليف بالطلاق والعتاق حرام، ومنهم من جوزوه في زماننا، والصحيح ما في ظاهر الرواية اه. وفي كتاب الحظر والإباحة من المختار خافية والفتوى على عدم التحليف بالطلاق والعتاق اه. وفي منية المفتي لم يجره أكثر مشايخنا، وإن مست إليه الضرورة يفتي أن الرأى فيه لقاضي اثباتاً لبعض اه. وفي خزائن المفتين كما في منية المفتي، وزاد فلو حلفه القاضي بالطلاق فنكح، ونفى بالمسأل، لا ينفذ فتاؤه على قول الأكثر». (البحر الرائق ٧ ص ٢١٣).

(١) ونصت المادة ٧٤ من القانون المدني العراقي على أنه «إذا اجتمعت طلبات خضعة في دعوى واحدة، يمكن فيها يمين واحدة، ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة» (انظر أيضاً المادة ١١٥ من قانون البيئات السوري). ونصت المادة ٧٧ من هذا القانون على أنه «لا تكون اليمين إلا أمام المحكمة، ولا اجبار بالانكول من اليمين خارجها» (انظر أيضاً المادة ١١٧ من قانون البيئات السوري). وهذه أحكام تسمى في القانون المصري دون نص، لأنها تنطق مع القواعد العامة.

وإذا كان من وجهت إليه اليمين عذر يمنه من الحضور ، انتقلت المحكمة  
أو تلبت أحد قضاتها لتخليفه (م ١٧٩ مرافعات) .

ويحرر محضر بحلف اليمين ، يوقعه الخالف ورئيس المحكمة أو القاضي المنتدب  
والكاتب (م ١٨٤ مرافعات) <sup>(١)</sup> .

### ٣٩١ - ما يترتب على حلف اليمين الخامسة - النص صى القانونية :

تنص المادة ٤١٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« لا يجوز الخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذى وجهت  
إليه أو ردت عليه . على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائى ، فإن للخصم الذى  
أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض ، دون إخلال بما قد يكون له من حق  
فى الطعن على الحكم الذى صدر ضده » <sup>(٢)</sup> .

وقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٢٥/٢٩٠ <sup>(٣)</sup> .

(١) ويجب أداء اليمين بنفس الصيغة التى طلبت بها ، وكل تعديل فى هذه الصيغة يمكن  
اعتباره نكولاً ، وعلى ذلك إذا طلب من الخصم اليمين على أنه دفع مائة وعشرين ، ولكنه عد  
أدائها بحلف بأنه دفع مائة وسعين فقط ، اعتبر هذا التعديل نكولاً عن اليمين (الأصدر  
٢٥ مارس سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٧١) . كذلك لا يجوز التمسك فى الحلف ،  
كأن يضيف الخالف عبارة تليد أنه يقرر الواقع بقدر ما تمه فأكبره أو بقدر ما يعلم (استئناف  
مخطط ١٦ يولييه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٥ - أوبرى ورد ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٥١  
وحامش رقم ٤٤) . ولا يجوز الاعتراض من الحلف حتى لو دفع من وجهت إليه اليمين بمسئم  
الخصم المحكمة ، لما عليه إلا أن يستأنف حكم الاختصاص حتى لا يعتبر حلفه بعد ذلك رضا  
ضيقاً باختصاص المحكمة (استئناف مخطط ٦ يولييه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٥) . ولا يمنع  
حلف اليمين حالها من أن يستأنف الحكم بتوجيهها (استئناف مخطط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠  
م ٤٢ ص ٣١٨) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٥١ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى  
اقتصر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا تحويراً لفظياً طفيفاً . وزال كل فرق لفظى فى لغة  
المراجعة ، وأصبح رقم المادة ٤٢٦ من المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس القناب ، فخطت  
مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٣ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٤٥٥  
وص ٤٥٧) .

(٣) وكانت المادة ٢٢٥/٢٩٠ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « التكليف  
باليمين يترتب منه أن طالبها ترك حقه فيما عداها من جميع أوجه الثبوت » .

وقابل في التقينات المدنية العربية الأخرى: في قانون البينات السوري المادة ١٢٠ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨١ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٤، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٢<sup>(١)</sup> .  
وقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٣<sup>(٢)</sup> .

ويؤخذ من نص التقنين المدني الجديد أن الخصم إذا حلف اليمين الحاسمة ، انقسم النزاع نهائياً ، وعصر الخصم الذي وجه اليمين دعواه . ولا يجوز لهذا الخصم أن يعود إلى محاصمة من حلف اليمين مرة أخرى في نفس موضوع الحق ليثبت كذب اليمين<sup>(٣)</sup> كما لا يجوز له أن يقدم أى وجه آخر للاثبات<sup>(٤)</sup> .

(١) التقينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١٢٠ - ١٥ - توجيه اليمين يتضمن تنازلاً عما عداها من البينات بالنسبة إلى الواقعة التي ترد عليها ، فلا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤدبها الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه . ٢ - هل أنه إذا ثبت كذب اليمين يحكم جزائي ؟ فإن الخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض ، دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده بسبب اليمين الكاذبة .  
وهذا النص يطبق في أحكامه مع التقنين المصري .  
التقنين المدني العراقي م ٤٨١ : تكاد تكون مطابقة لنص التقنين المصري ، وهي مطابقة في الحكم .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣٤ : إذا حلف الفريق الذي كلف اليمين أو الذي ردت عليه ، فلا تقبل من خصمه إقامة البرهان على كذب يمينه.. هل أنه إذا ثبت كذب اليمين يقتضي قرار جزائي، حق الفريق المضطر أن يطالب ببدل العطل والضرر، وهذا لا يهول دون الطعن في الحكم بطرق المراجعة القانونية الممكنة . (وهذا النص يطابق في حكمه نص التقنين المصري).  
التقنين المدني لسلطنة ليبيا المصممة م ٤٠٢ : مطابقة لنص التقنين المصري .

(٢) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٣ : إذا أقيمت اليمين الموجهة أو المردودة ، فلا يقبل من الخصم الآخر أن يثبت كذب هذه اليمين .

Art. 1363 : Lorsque le serment déferé ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté.

(٣) ولكن هذا لا يمنع من الطعن في الحكم الذي صدر بالتعريف بوجهه لتصلق بصحة توجيه اليمين وبصحة الحلف وبغير ذلك مما يتعلق باليمين ذاتها وما يسرى عليها من أحكام . مثل ذلك أن يتصلق بتقصي أهلية وقت حلف اليمين أو بسبب من يوجب الإرادة . وفي هذه الأحوال يلحق الحكم بتوجيه اليمين ، ويترتب على ذلك بطلان الحلف ( الاستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٢٠ هامش رقم ١ ) .

(٤) وفي الفقه الإسلامي لا تجوز البينة بعد حلف اليمين إلا لمنز على قول خليل في المذهب المالكي . جاء في القرح الكبير للردود على مختصر خليل : « وإن أنكروا المدعى عليه أي أجاب -

وقد كانت المادة ٢٢٥/٢٩٠ من التفتين للمدني تنص على أن التكليف باليمين يؤخذ منه أن طالبها ترك حقه فيها عداها من جميع أوجه الثبوت<sup>(١)</sup>. وكان الفقه والقضاء في مصر ، في ظل هذا النص من التفتين السابق ، لا يجيز أن للمدعي ، إذا ثبت أن خصمه حلف كذباً ، أن يطالبه بالتعويض . وبثبت الحلف كذباً عادة في دعوى جنائية تقام على المخالف . ذلك أن المادة ٣٠١ من قانون العقوبات تنص على أن « من ألزم باليمين أو ردت عليه في مواد مدنية ، وحلف كذباً ، يحكم عليه بالحبس ، ويجوز أن تزداد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصري » . وكان كل ما يستطيع الخصم الذي وجه اليمين إلى خصمه ، فحلف كذباً ، الانتفاع به من هذا النص ، في عهد التفتين المدني السابق ، هو أن يبلغ كأي فرد عادي ، النيابة العامة عن وقوع جريمة حلف عمن كاذبة ، وأن يقدم للنيابة أدلة الإثبات على كذب اليمين بعد أن يكون قد عثر عليها ، بشرط ألا

= بالإنكار ، قال القاضي للمدعي أنك بيته ، فإن قال نعم أمره بإحضارها وأضر قدمي عليه لها كما يأتي . فإن نقاه بأن قال لا بيته لي ، واستطاعه أي طلب المدعي تحليفه ، وحلف ، فلا بيته تقبل للمدعي بعد ذلك ، إلا لدر كتمان بيته تحليفه خصمه وحلف أنه نسبا ، وأدخلت الكفاح عدم علمه بها ثم علم ، كلما إذا ظن أنها لا لفسده له ، أو أنها ماتت ، فله القيام بها إن حلف على ذلك . فلو شرط المدعي عليه على المدعي عدم القيام ببيته يهدى لسماتها أو عدم علمه بها وثى له بشرطه » . ( حاشية الدسوقي على الفرح الكبير ٤ ص ١٤٦ ) . ولكن جمهور الفقهاء على أن البيعة تجوز بعد حلف اليمين ، وقد جاء في البدائع في هذا المعنى : « وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة لحال لا مطلقاً ، بل مؤقتاً إلى غاية إحضار البيعة عنه عامة العلماء . وقال بعضهم حكم انقطاع الخصومة على الإطلاق ، حتى لو أقام المدعي البيعة بعد عيّن المدعي عليه قبلت بيته عنه العامة ، وعند بعضهم لا تقبل لأنه لو أقام البيعة لا تبقى له ولاية الاستحلف فكذا إذا استحلف لا يبقى له ولاية إقامة البيعة والجامع أن حقه في أحدهما فلا يملك الجمع بينهما . والصحيح قول العامة ، لأن البيعة هي الأصل في الحصة لأنها كلام الأجنبي ، فأما اليمين فكانت خلف في البيعة لأنها كلام الخصم صير إليها للضرورة ، فإذا جاء الأصل انتهى حكم الخلف فكانه لم يوجد أصلاً » . ( البدائع ٦ ص ٢٢٩ ) .

ويستخلص من ذلك ، كما يقول الأستاذ أحمد إبراهيم ، أن اليمين في الفقه الإسلامي كالإقرار وليست طريقاً للقضاء ، لأن المنكر إذا حلف وعبر المدعي عن البيعة ، يترك المدعي في يده لعدم قدرة المدعي على إثباته ، لا قضاء بيمينه . ولذا لو جاء المدعي بعد ذلك بالبيعة يقضى له بها ولو كان ترك المال في يده قضاء له به لم ينقض » . ( طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٧ ) . (١) وقد قسنا أن المادة ١٨٧/١٦٦ من تفتين المرافعات القديم كانت أيضاً تنص على أنه : « لا يكون التحليف من باب الاحتياط باليمين الخامسة ، لأن التحليف بتلك اليمين يفيد ترك ما عداها من أوجه الثبوت للمادة المراد الاستحلف عليها » .

تكون هذه الأدلة هي البيئة أو القرائن إذا كانت قيمة المخلوف عليه تريد حل عشره جنابات والنيابة العامة هي التي ترفع الدعوى الجنائية إذا رأت وجهاً لذلك . أما الخصم الذي وجه اليه بلا يجوز له أن يرفع دعوى الجنحة المباشرة ، بل ولا أن يدخل مدعياً مدنياً في الدعوى الجنائية التي ترفعها النيابة العامة . وحتى إذا صدر الحكم الجنائي بالإدانة في الدعوى التي رفضها النيابة العامة ، فلم يكن يجوز للخصم الذي وجه اليه الحكم أن يستند إلى هذا الحكم ليطلب في الحكم الملغى الذي صدر ضده بعد الحلف ، أو أن يرفع دعوى جديدة بحقه بعد أن ثبت كذب اليمين التي حلفها خصمه . بل لم يكن له أن يرفع دعوى تعويض مدنية عن هذه اليمين الكاذبة ، بالرغم من أن دعوى التعويض هذه هي غير دعواه الأولى التي خسرها (١) ، وكان ينبغي ألا يصطدم قبول سماعها بحجية الأمر

(١) وقد كان هذا هو الرأي السائد في الفقه والنقض . في عهد التقنين الملغى السابق : الأستاذ عبد السلام ذكي في الأدلة ٢ ص ٤١ - ص ٤٣ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات جزء ٢ فقرة ٥٥٧ - دى طلس ٤ ص ١٧٨ فقرة ٤٣ - الأستاذ أحمد أمين في شرح قانون المقررات ص ٥١٥ . وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأن الخصم الذي يوجه إلى خصمه اليمين الحاسمة في دعوى مدنية يعتبر أنه تنازل عن كل حقوقه إذا حلف خصمه اليمين ، سواء أكان كاذباً أم صادقا ، ولا يجوز سخط من وجه اليمين أن يرفع مباشرة دعوى اليمين الكاذبة على خصمه ، والنيابة التي لها وحدها الحق في رفع الدعوى في هذه الحالة لا يمكنها أن تبني طلبات البتة في الدعوى المرفوعة مباشرة بغير حل ، وإذنا لحسنا فقط أن ترفع دعوى خاصة ( ١٣ أبريل سنة ١٩١٢ المبيعة الرسمية ١٣ رقم ٦٩ ) . وقضت أيضاً بأن إذا وجه أحد الخصوم اليمين الحاسمة إلى خصمه فحلفها حائثاً فيها ، لم رفض النيابة الدعوى العمومية على الخالف ، فليس لمن وجه اليمين أن يرفع دعواه المدنية بأي حال من الأحوال ، ولو من طريق المطالبة بتعويض كدع بحق مدني (٦ نولبر سنة ١٩٢٤ المبيعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٦) - انظر أيضاً : نقض جنائي ٣ مايو سنة ١٩٤٩ المضافة ٣٠ رقم ١١٤ ص ١١٥ - استئناف أخل ٢ مايو سنة ١٩٠٣ الحقوق ٢٨ ص ٢١٢ - أسيوط استئناف ٢٨ يوليو سنة ١٩١٥ المبيعة الرسمية ١٧ رقم ٥٤ - ملوى ٢٠ مايو سنة ١٩٠٥ المبيعة الرسمية ٦ رقم ١٠٦ الأقصر ٦ مارس سنة ١٩٠٩ المبيعة الرسمية ١١ رقم ٩ - ١٦ مارس سنة ١٩١٦ المبيعة الرسمية ١٨ رقم ١١ - بقا الجزئية ٦ يولية سنة ١٩١٨ المبيعة الرسمية ٢٠ رقم ٢٥ - يولية سنة ١٩٢٠ المبيعة الرسمية ٢٢ ص ١٥٥ - استئناف مخطوط ٣٠ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٢١ - ٨ فبراير سنة ١٩٤١ م ٢٢ ص ١٢٥ - انظر أيضاً في الفقه الفرنسي : لأوبري وردو ١٢ فقرة ٧٣٢ ص ١٥٣ - ١٥٤ وردو على دهرانتون (وهو يقول برأي عكسي : دهرانتون ١٣ فقرة ٦٠٠) في فقرة ٧٥٣ حاشي رقم ٤٥ .

وقد كنا ، في عهد التقنين الملغى السابق ، من المستعنيين على هذا الرأي ، وكتبنا في الموجز في هذا الصدد ما يأتي : «على أنه من السهل أن يتوغل على هذا الرأي أنه يخلط بين حق المدعي -

**القضى لاختلاف السبب والحمل ، ولا أن ترد باتفاق موهوم قيل باستخلاصه من توجيه اليمين على أساس أن توجيه اليمين صلح وهو ليس يصلح كما قلنا ، لو على أساس أنه اتفاق على الإعفاء من المسؤولية التصيرية والإعفاء الاتحاف من المسؤولية التصيرية باطل كما هو معروف .**

وقد جاء التفتين المدنى الجديد يسير فى اتجاه آخر ، ويصلح من تطرف هذا الرأى . فهو إذا كان يقضى بأنه لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤدبها الخصم الذى وجهت إليه أو ردت عليه <sup>(١)</sup> ، فانه من جهة أخرى ينص صراحة على جواز أن يحصل الخصم الذى وجه اليمين على تمويض إذا ثبت على من حلف اليمين بحكم جنائى أنه حلف كذباً . فيجوز إذن للخصم الذى وجه اليمين أن يبلغ النية العامة أن خصمه حلف اليمين كذباً ، كما كان يستطيع ذلك فى الماضى . ويجوز له فوق ذلك - وهذا ما لم يكن يستطيعه فى الماضى - إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائى ، أن يرفع دعوى مدنية مبتدأة بالتعويض أمام المحاكم المدنية بعد صدور الحكم الجنائى . ولكن يبدو من ظاهر النص أنه لا يستطيع ، قبل ثبوت كذب اليمين بحكم جنائى ، أن يدهى مدنياً فى الدعوى الجنائية التى رفعها النيابة العامة ، ولا يستطيع كذلك من باب أولى أن يرفع دعوى الجنحة المباشرة . وعليه

- الأصل الذى تنازل عنه فلا يجوز أن يسود لدى المطالبة به ، وبين حق المدعى فى التعويض من جريمة ارتكبها خصمه بجلفة كذباً ، وهذا حق له مصدر مستقل عن مصدر الحق الأصل ولم يتنازل عنه المدعى حتى يمنع من المطالبة به « ( الموجز فقرة ٦٦٥ ص ٦٩٣ ) . وقال أيضاً قاضى زغلول فى شرح القانون المدنى ( ص ٤٢١ ) : « وحل ذلك يجوز للظمن على الخائف بأنه حلف كذباً ، فلذا ثبت عليه كذبه ، عوقب ، ولزمه الحق الذى حلف على إنكاره على سبيل التعويض » . وقضى بهذا الرأى حكم صادر من محكمة أسبوط الكلية يقرر أنه يجوز لمن وجه اليمين الخامسة لخصمه أن يثبت كذبها بدعوله مدنياً بحق مدنى فى دعوى اليمين الكاذبة التى تقيها النيابة العامة على من أداها ( ٢٨ يونيو سنة ١٩١٥ المبيعة الرسمية ١٨ ص ٨٧ ) .

(١) « وهذا الحكم - كما نقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى - ليس إلا نتيجة لازمة لضرورة الترخيص بتوجيه اليمين من القاضى . . وليس الإثبات باليمين من طرق الإثبات العادية ، بل هو طريق اضطرارى تمل العدالة وجوب الركون إليه ، ويجوز من يوزنه الدليل المقرر وسيلة لإثبات ادعائه . ربوح أن اليمين تنصب على ادعاء الخصم ، وهو إنكار ادعاء من يوجه اليمين ، وذلك بسبب صحتها الشخصية . ولإثبات كذب اليمين يتعين على من وجهها أن يقدم الدليل بالطرق المقررة على ادعائه ، والمفروض أنها لا تقبل إلا عند انتفاء كل دليل مقرر « ( مجموعة الأعمال التصيرية ٤٥٥٣ - ص ٤٥٦ ) .

أن يربص حتى يصدر حكم جنائي نهائي بكذب اليمين ، ثم يرفع بعد ذلك دعوى التصويص أمام المحاكم المدنية<sup>(١)</sup> .

ولا يفتح له صدور الحكم الجنائي بكذب اليمين باباً جديداً للطعن في الحكم المدني الذي صدر ضده بعد حلف هذه اليمين . ولكن إذا كشف الحكم الجنائي عن وجه من وجوه التماس إعادة النظر في هذا الحكم المدني ، كأن أثبت أن الخصم الذي حلف اليمين الكاذبة قد وقع منه غش كان من شأنه التأثير في الحكم المدني (٤١٧م) أولاً (مرافعات) ، أو كان سبباً في الحصول على أوراق قاطعة في الدعوى كان الخصم الذي حلف اليمين الكاذبة قد حال دون تقديمها (٤١٧م) رابعاً (مرافعات) ، فإنه يجوز للخصم الذي وجه اليمين أن يتمسك لإعادة النظر في الحكم المدني إذا كان معياد التماس لم ينقض ، بل له كذلك أن يستأنف الحكم المدني إذا كان حكماً ابتدائياً ولم ينقض معياد الاستئناف . وهذا ما نصت عليه صراحة العبارة الأخيرة من المادة ٤١٣ من القانون المدني الجديد ، إذ وهي تجعل للخصم الذي وجه اليمين الحق في أن يطالب بالتصويص ، تجعل له هذا الحق « دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده »<sup>(٢)</sup> . وهذا الحق في الطعن على الحكم المدني لم يكن موجوداً في عهد القانون المدني

(١) انظر في هذا المعنى الأحكام على زكي السراي في الإجراءات الجنائية جزء أول فقرة ٢٤٣ (وإن كان يورد قضاء صدر في عهد القانون المدني السابق) — وانظر محكمة لوزان في ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٢ الحامدة ٣٤ رقم ٤٤ ص ٥٩ . على أن عبارة المذكرة الإيضاحية للمفوض في ١٠ نوفمبر قد يلهم منها مذهب هذا الرأي ، وأنها تليد جواز « المطالبة بالتصويص في خلال دعوى جنائية بشأن كذب اليمين » ، وكذلك « جواز ادعاء الضرر مدنياً في حالة اليمين الكاذبة » (مجموعة الأعمال التمهيدية ٣ ص ٤٥٦) — وانظر النص الفرنسي للمذكرة الإيضاحية جزء ٢ ص ٧٢٢ . ويمكن القول ، لتوجيه هذا الرأي ، أن النص يميز الخصم أن يطالب بالتصويص عنه ثبوت كذب اليمين بحكم جنائي : فعل أية صورة تكون المطالبة بالتصويص — دعوى مدنية مستقلة أو ادعاء مدني في خلال دعوى جنائية أو دعوى جنحة مباشرة — تكون الدعوى مقبولة بشرط أن يثبت كذب اليمين بحكم جنائي ، ولا يحكم بالتصويص فيه إلا عند تحقق هذا الثبوت .

(٢) وانظر أيضاً من المادة ٤١٣ من القانون المدني — وهو القاضي بأنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي فإن الخصم الذي أساءه ضرر منها أن يطالب بالتصويص دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده — مأخوذ من المفوض الفرنسي للإبطال (٣١٦م) — وانظر أيضاً القانون المدني الفرنسي م ٢٥٢٧ فقرة ٣ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمفوض التمهيد في خصوص هذا الحق الثاني ما يأتي : « أما الحق الثاني فهو نتيجة طبيعية =



السابق ، وقد استحدثه التفتين المدنى الجديد هو والحق فى المطالبة بالتعويض بدعى مبتدئة . لذلك لا تكون لهذه الأحكام المستحدثة أثر رجعى ، ولا تسرى إلا على عين حاسمة صدر حكم بتوجيهها فى تاريخ غير سابق على ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ميعاد نفاذ التفتين المدنى الجديد ، فان كان الحكم بتوجيه العين قد صدر قبل هذا التاريخ فالفتنين المدنى السابق هو الذى يسرى بأحكامه التى تقدم ذكرها .

### المطلب الثالث

رد النظم للعين الحاسمة على خصمه

#### ٢٩٢ - النصوص القانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٤١٠

سالمين ، لأنها ليست متماثلة أو مسلماً ، بل نظاماً من نظم العدالة . وقد استقر الفقه والقضاء على اعتبار العين للصفة مسلماً ، ولتسرها على ذلك عدم جواز عمل الآثار التى ترتب على توجيهها وأما فيما من طرق الإعدام مدنياً والمطالبة بتعويض فى خلال دعوى جنائية بشأن كذب العين ، أو من طريق الطعن فى الحكم بالبطرق المقررة لهذا الغرض . ولما كانت العين ليست من المصالح أو المصلح فى شيء ، فيجب عدم إقرار النتائج التى تلتزم الإفادة إليها . ولذلك نص فى الفقه الفانى ... وهو مطابق لمادة ٣١٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، على جواز إعدام المفسود مدنياً فى حالة العين الكاذبة دون إعطال بما له يكون من حق فى الطعن فى الحكم . ويروى أن لفسور الحادث من جراء رفض الدعوى ليس سببه توجيه العين ، كما ذهب إلى ذلك بعض البارزين من الفقهاء (بارتوان على أوبرى ورو) ما دام أن من وجه العين قد استحصل حقاً أثبت له القانون . بيد أنه لا يجوز لمن وجه العين طبقاً للفقه الأول أن يلزم نفسه مدعياً بطلب المدعى وأن يطلب بالتعويضات من سلف أو أن يستصل طرق الطعن فى الحكم المدعى إذا ثبت كذب العين بمقتضى حكم جنائى إلا فى حالة ما إذا ثبت كذب العين بكشف أوراق أو ضبط مستندات كانت فى حيازة المتهم وحده أى فى حيازة من أدعى العين . أما فيما يتعلق بطرق الطعن فى الحكم ، فإثبتت كذب العين التى ثبت بمقتضاها إعدامه من وجهها أو ردّها ميسور له ما عادت المرافعة المقررة لم تقضى ، فله أن يطعن بالاستئناف أو بطريق الاتعاض عند الانقضاء ( مجموعة الأعمال الصغيرة ص ٤٥٦ ) . وتظاهر من عبارة المذكرة الإيضاحية أنه لا توجد إلا حالة واحدة يستطيع فيها من وجه العين أن يطلب بتعويض وأن يطعن فى الوقت ذاته فى الحكم المدعى ، وتلك الحالة هى حالة كشف أوراق أو ضبط مستندات كانت فى حيازة الحكم الذى أدعى العين كذباً . ولكن هذا يعارض مع إطلاق النص وعدم تقييده بهذه الحالة وحدها ( انظر الأسطفا أحمد لغات فى الإثبات ٢ فقرة ٥٥٨ ص ٢٠ ) --- فلو أن هذه المسألة الأسطفا سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٤٠ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٤ . وأنظر ميدان وهو ٩ فقرة ١٢٢٨ .

من التفتين للمنفى على مايلي :

« ولن وجهت إليه الميّن أن يردّها على خصمه . على أنه لا يجوز الرد إذا نصبت البين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان ، بل يستلزم بها شخص من وجهت إليه الميّن<sup>(١)</sup> » .

ويقابل هذا النص في التفتين للمنفى السابق للمادة ٢٢٤/٢٨٩<sup>(٢)</sup> .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيّنات السوري المادة ١١٦ فقرة أولى ، وفي التفتين للمنفى العراقي للمادة ٤٧٥ ، وفي تفتين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٣ ، وفي التفتين للمنفى الليبي المادة ٣٩٩ فقرة ٢<sup>(٣)</sup> .  
ويقابل في التفتين للمنفى الفرنسي المادة ١٣٦٢<sup>(٤)</sup> .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفترة الثانية من المادة ٥٤٨ من المرسوم التمهيدى على قروحه الذى استقر به في التفتين للمنفى الجديد بمصر . فالتفتين طلبت . وفي لجنة للراجعة أصبح النص مطابقاً لنص التفتين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٤٢٢ في المرسوم التمهيدى . ولحقه مجلس النواب ، لجنة المرسوم تحت رقم ٤١٠ ، لمجلس المرسوم ( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ من ٤٤٢ وص ٤٤٧ — ص ٤٤٨ ) .

(٢) كانت المادة ٢٢٤/٢٨٩ من التفتين للمنفى السابق تنهى على قروحه الآتى : « يجوز لكل من الخصم أن يكلف الآخر بالميّن المسألة للقضاء ، وفى هذه الحالة يجوز لمطلوبه الميّن أن يردّها على الطالب » . ولا فرق في الحكم بين النصين الجديد والقديم .

(٣) التفتينات المدنية العربية الأخرى : قانون البيّنات السوري م ١١٦ فقرة أولى : يجوز لمن وجهت إليه الميّن أن يردّها على خصمه . على أنه لا يجوز الرد إذا نصبت الميّن على واقعة لا يشترك فيها الخصمان ، بل يستلزم بها شخص من وجهت له الميّن . ( والحكم واحد في القانون السوري والتفتين المصري ) .

التفتين المدنى العراقى م ٤٧٥ : مطابقة لنص المصرى .

تفتين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٢٢ : لا يجوز رد الميّن على الخصم إذا كانت الواقعة المستخلصة عليها لا تنص بالقدرين ، بل هي شخصية عمدة لقدرين الذى طلبت به الميّن . ( والحكم واحد في التفتين اللبناني والتفتين المصرى ) .

التفتين المدنى السلطنة الثانية المعدلة م ٣٩٩ فقرة ٢ : مطابقة لنص المصرى .

(٤) تفتين المدنى الفرنسى م ١٣٦٢ : لا يجوز رد الميّن إذا كانت الواقعة المستخلصة عليها لا تنص بالخصمين ساً ، بل كانت لا تنص إلا بالخصم من وجهت إليه الميّن .

Art. 1362 : Le serment ne peut être réitéré quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été adressé.

**٢٩٣ - متى يجوز رد البعین :** ويتبين من النص المتقدم الذكر أن البعین يجوز ردها من الخصم متى وجهت إليه ، وذلك إذا لم يرد الحلف . فن وجهت إليه البعین يلتزم إذن التزاماً أصلياً بحلفها ، والتزاماً بديلياً يردّها على خصمه . ويتربّ على أن الالتزام بالرد هو التزام بدلي لا التزام تخييرى<sup>(١)</sup> أنه إذا وجهت البعین إلى خصم فأصبح ملتزماً بالحلف أصلاً وبالرد بدلاً ، ثم استحال عليه تنفيذ الالتزام الأصلي وهو الحلف ، بأن مات أو أفلس أو حصر عليه ، فلا يصار إلى الالتزام البدلي وهو رد البعین ، بل يسقط الالتزامان معاً - الحلف والرد - وتعود الحالة بين من وجه البعین وورثة من وجهت إليهم إلى ما كانت عليه قبل توجبه البعین<sup>(٢)</sup> . ولو كان الالتزام بالرد التزاماً تخييرياً ، واستحال تنفيذ الالتزام الأصلي وهو الحلف ، لوجب تنفيذ الالتزام التخييرى ، ولا عبرت البعین مردودة على الخصم الذى وجهها<sup>(٣)</sup> .

**٢٩٤ - شروط رد البعین :** ويشترط في رد البعین ما يشترط في توجيهها ، إذ رد البعین كوجهها تصرف قانونى بارادة منفردة . فيشترط في الرد إذن كمال أهلية التصرف ، وانحلو من صيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه ، وانحلو من التواطؤ والصورية ، وصدور توكيل خاص إذا فوض الخصم غيره في الرد . وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام في توجيه البعین . ويصح الرد غير قابل

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للشروح التمهيدى ( بمسودة الأعمال التصديرية ٢ ص ٤٥٤ ) خطأ أن الالتزام تخييرى .

(٢) أوبرى دور ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٥١ .

(٣) الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٤٦٣ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢١٨ هامش رقم ٤ - استئناف مخطوط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٦ - ويقال أيضاً في تكليف هذا الوضع أن الطالب في عرضه البعین لا ينبغي أن تنازل لحسب من جميع أوجه الإثبات الأخرى التى كان يمكنه أن يدلي بها ، بل تنازل أيضاً عن مدعاه إذا حلف خصمه . وتنازله هذا ملحق على شرط . وعلى ذلك إذا مات المطلوب تحليفه قبل الحلف فحلف للشرط ، وعلى حق طالب البعین إليه ، أى تنظر الدعوى بالحالة التى هى عليها . وما على طالب البعین إلا أن يقدم أدلة الإثبات الأخرى التى يكون قد تنازل عنها منه توجيه البعین ( يبدان برمد ٩ فقرة ١٢٧٣ - برمدى وبارد ٤ فقرة ٢٧٣١ مكررة - الأستاذ عبد السلام فضى في الأدلة جزء ٢ ص ٨ ) .

فزوج فيه بمجرد قبول الخصم الذي ردت عليه اليمين أن يحلف ، وذلك كما في توجيه اليمين .

ويشترط أيضاً أن يكون الرد واقعاً على نفس اليمين التي وجهت ، فيجب إذن أن يكون في واقعة قانونية محددة غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب وحاسمة في الدعوى . ويشترط ، فوق ذلك ، أن يكون الرد في واقعة يشترك فيها الخصمان ، فلا يجوز في واقعة يستقل بها شخص من وجهته إليه اليمين . فإذا وهب رجل لابنه منزلاً واشترط عليه أن يتزوج في خلال سنة وإلا فسخت المهر ، ثم رفع دعوى على ابنه بالقسح ووجه إليه اليمين الحاسمة على أنه تزوج في خلال السنة ، فليس للابن إلا أن يحلف اليمين فيكسب الدعوى ، أو بكل فيخسر . ولا يجوز له أن يرد اليمين على أبيه ، ويطلب منه أن يحلف هو على أن الابن لم يتزوج في خلال السنة ، وذلك لأن واقعة الزواج هذه واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها الابن وحده ، فلا يجوز رد اليمين فيها على الأب<sup>(١)</sup> . وقد قضت إحدى المحاكم بأنه إذا وجه الشفع اليمين للمشتري في خصوص مقدار ثمن المبيع ، فلا يجوز للمشتري أن يرد اليمين على الشفع ، لأن هذا أجنبي عن الاتفاق الخاص بالثمن ، فلا يمكنه التأكد من حقيقة مقداره<sup>(٢)</sup> .

(١) هذا إلا إذا حلف الأب على مجرد عدم العلم بأن ابنة تزوج . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع المصممة في هذه المسألة ما يأتي : « والواقع أن اليمين التي توجه من أحد الخصوم تنصب على ادعاء الخصم الآخر ، ويقضي المطلق بعدم جواز الاستعانة على صحة واقعة إلا إذا كانت متعلقة بشخص الخائف . فإذا لم يكن الخصمان مشتركين في الواقعة ، بل كانت يستقل بها من وجهته إليه اليمين ففسد ، فلا يجوز لهذا الأخير أن يرد هذه اليمين على خصمه . ذلك أن اليمين تكون غير جائزة القبول في هذه الحالة ، لتعلقها بواقعة ليست خاصة بشخص من يطلب استصلاحه » ( مجموعة الأعمال القضائية ٣ ص ٤٤٥ ) .

(٢) محكمة جرجا في ١٢ يناير سنة ١٩٢٩ الحامدة ٩ رقم ٢٥٦ ص ٤٤٩ . وفي الفقه الإسلامي خلاف في جواز رد اليمين : الحنفية لا يجيزون الرد ، والمالكية والشافعية يوجبونه إذا نكل المدعي ، وابن حنبل لا يميز الرد إلا فيما يقع تحت علم المدعي ( طرق القضاء للاستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٦٣ - ص ٢٦٩ ) . وجاء في المباحث ، في الخلاف ما بين الحنفية والشافعية في هذه المسألة ، ما يأتي : « فإن نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثاً فإن القاضي يقضي عليه مدناً ، ودمه للقاضي رحمه الله لا يقضي بالكفول ولكن يرد اليمين إلى المدعي فيحلف فيأخذ حقه . أحصى القاضي رحمه الله بقوله النبي عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين عليه ، جعل البينة حجة المدعي واليمين حجة المدعي عليه ولم يذكر عليه الصلاة »

٣٩٥ - أثر رد اليمين : ومتى ردت اليمين ، أصبحت موجهة إلى من كان قد وجهها أول مرة . فيقلب الموقف ، ويصبح هذا هو الملتزم بالحلف ، ثم لا يجوز له رد اليمين ثانية على من ردها عليه ، وإلا لدنا في حلقة مفرغة وأجزنا الرد إلى ما لا نهاية . فإن حلف كسب الدعوى ، وإن لم يحلف عدنا كلا وخسر دعواه . ويجرى في كيفية الحلف وفيما يترتب من الأكثر على الحلف والتكول ، في حالة الرد ، ما يجري في حالة توجيه اليمين .

على أن كل هذا مشروط بأن يكون الرد واقعاً على نفس اليمين التي وجهت أولاً كما قلنا . فإذا حلفت اليمين المردودة ، كان الرد توجيهاً ليمين جديدة يجوز ردها ثانية . مثل ذلك أن يوجه المدعي اليمين إلى المدعي عليه على أنه ليس في ذمة الدين المدعي به ، فيرد المدعي عليه اليمين معديلاً ، وبدلاً من أن يطلب من المدعي أن يحلف هو على أن الدين في ذمة المدعي عليه ، يطلب منه الحلف على أنه لم تقع مقاصة بين الدين المدعي به وحق يقابله في ذمة المدعي . فلان رد المدعي عليه اليمين معطلة على هذا النحو ، يكون قد اعترف بأن الدين قد قام ابتداء في ذمة ولكنه انقضى بعد ذلك بالمقاصة . ولما كان هو المطالب بتقديم الدليل على وقوع المقاصة ، ولا دليل عنده على ذلك ، فهو يوجه يميناً أخرى

والسلام التكول ، فلما كان حجة المدعي للذكره . والمقول أنه يحصل أنه نكل لكونه كاذباً في الإنكار فاحترز من اليمين الكاذبة ، ويحصل أنه نكل مع كونه صادقاً في الإنكار تورماً عن اليمين الصادقة ، فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال ، لكن يرد اليمين إلى المدعي ليحلف فيحلف له ، لأنه ترجح جبهه الصدق في دعواه بيمينه .... ولنا .... أنه ظهر صدق المدعي في دعواه عنه تكول المدعي عليه ، فيحلف له كما لو أقام اليانة . ودلالة القصد أن المانع من ظهور الصدق في خبره إنكار المدعي عليه ، وقد عارضه التكول ... فزال المانع فصار من ظهور صدقه في دعواه . وقوله يحصل أنه نكل تورماً عن اليمين الصادقة ، قلنا هذا احتمال نادر ، لأن اليمين الصادقة مشروعة ، فالظاهر أن الإنسان لا يرضى بفوات حقه تمهزاً عن مباشرة أمر مفروع ، ومثل هذا الاحتمال ساطع الاحتمال شراً . ألا ترى أن اليانة حجة القضاء بالإجماع وإن كانت محتملة في الجملة ، لأنها غير من ليس بمضمون من الكذب ، لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب ، كذا خلا . ( البائع ٦ ص ٢٣٠ ) . وظاهر من هذا النص أن الرد في القصة الإسلا لا يكون بناء على طلب من وجهت إليه اليمين ، بل إن هذا ليس أمارة إلا أن يحلف أو ينكل ، فإن نكل وجب على القاضي - من غير الخطية - أن يرد اليمين على المدعي .

جديدة إلى المدعي في خصوص وقوعها . ويجوز احتفظ المدعي أن يرد اليمين الجديدة على المدعي قبله ليحلف أن له حقا تقع به المقاصة (٣) .

### المطلب الثالث

#### التكول عن اليمين الحاسنة

٢٩٦ - التصوص القانوني : تنص المادة ٤١٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

« كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردعها على خصمه ، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها ، عسر دعواه (٣) » .  
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البنات السوري المادة ١١٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨٠ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٣ (٣) .

(١) المرجع المؤلف ص ٩٩٣ - ص ٩٩٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٢ من المشروع المتهدي على الوجه الذي اسطر به في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٤٢٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلسة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٤ ، فجلس الشيوخ ( مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩ ) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البنات السوري م ١١٩ : مطابقة لنس التقنين المصري .

التقنين المدني العراقي م ٤٨٠ : تكاد تكون مطابقة لنس التقنين المصري ، وهي مطابقة في الحكم .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣٢ : من كلف حلف اليمين وتمنع عنها أو من ردعها على خصمه ، أو ردت عليه اليمين وتمنع عنها ، كان غاصراً في طلبه أو في دفعه . (والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصري) .

التقنين المدني السلطنة الليبية المتحدة م ٤٠٣ : مطابقة لنس التقنين المصري .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦١ (١).

٢٩٧ - متى يقع التكول : ويتبين من نص التقنين المدني المصري أن التكول إما أن يقع من وجهت إليه اليمين ابتداء ، فلا يرددها على خصمه ولا يحلف فيحضر ناكلا. وإما أن يقع من ردت عليه اليمين ، وقد رأينا أنه لا يستطيع ردها ، فإذا لم يحلفها اعتبر ناكلا .

٢٩٨ - كيف يقع التكول : ويقع التكول بعدم الحلف حين يجب الحلف . فالتكول إذن موقف سلبي . وقد نظمه تقنين المرافعات في المادتين ١٧٧ و ١٧٨ (٢) . فميز بين ما إذا كان الحكم بالتحليف قد صدر في حضور الخصم المكلف بالحلف ، أو صدر وهو غائب .

فإن صدر الحكم وهو حاضر - سواء أكان قد تنازع في جواز اليمين أو في نطقها بالدعوى ورفضت المحكمة منازعتها لم يتنازع في ذلك - فإن صيغة اليمين تكون مبنية في منطوق الحكم ، ويجب على الخصم أن يحلفها فوراً أو يرددها على خصمه ، فإن سكت عن الحلف والرد اعتبر ناكلا . وبمجرد مع ذلك أن تعين المحكمة في حكمها يوماً معيناً للحلف ، ويعتبر نطقها بالحكم إعلاناً للخصوم على شرط أن يكون ثابتاً بمحضر الجلسة أو الحكم أن المكلف باليمين حاضر شخصياً وقت النطق بالحكم . ويرأى في تحديد جلسة الحلف ميعاد التكليف

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦١ : من وجهت إليه اليمين فشكل فيها دون أن يرضى يرددها على خصمه ، ومن ردت عليه اليمين فشكل فيها ، غسر دعواه أو دفعه .

Art. 1361 : Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le réitérer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été réitéré et qui le refuse, doit succomber sans sa demande ou dans son exception.

(٢) المادة ١٧٧ مرافعات : إذا لم يتنازع من وجهت إليه اليمين لا في جوازها ولا في نطقها بالدعوى ، وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلفها فوراً أو يرددها على خصمه ، وإلا اعتبر ناكلا . ويجوز للمحكمة أن تسلمه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجباً . لأن لم يكن حاضراً وجب تكليفه على يد محضر بالمحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته ، فإن حضر وامتنع دون أن يتنازع ، أو تخلف بغير عذر ، اعتبر ناكلا كذلك .

المادة ١٧٨ مرافعات : إذا تنازع من وجهت إليه اليمين في جوازها أو في نطقها بالدعوى ، ورفضت المحكمة منازعتها وحكمت بتسليمه ، يثبت في منطوق حكمها صيغة اليمين ، ويعلن هذا المنطوق للخصم إن لم يكن حاضراً بنفسه ، ويقع ما نص عليه في المادة السابقة .

بالحضور ، ما لم يقبل المكلف بالخلف مطلقاً أنصر ويكون قبوله هذا مدوناً بمحضر الجلسة (١). وحضور الوكيل يعني عن حضور المكلف باليمين ، إذا كان هذا الوكيل ممن يصح إعلان الأصيل في مواجهته (٢).

(١) وقد قضت محكمة النقض - في عهد تقنين المرافعات السابق - بأن المادة ١٧٠ مرافعات (١٧٧ جديد) تنص على أن « من يطلب التسجيل من الأشخاص يملن حكم اليمين لنفسه ، ويكتفه بالحضور لأدائه ، مع مراعاة الأصول والمزايع المقررة لطلب أمام المحكمة ». وفي جملة المادة بهذا ما يدل على أن أصل مراد الشارع بالمادة ١٦٩ التي قبلها (١٧٨ جديد) هو أن المحكمة إذ حكمت بتعطيل اليمين فهي تقتصر على مجرد الحكم بذلك مع بيان صيغة السؤال المراد بتعطيل عليه ، ثم تترك لكل منه من الأشخاص أن يسعى في تنفيذ هذا الحكم بإعلانه لنفسه وتعمده الجلسة لذلك . إما أن تعدد المحكمة من تلقاء نفسها مبعداً خلف اليمين أمامها ، أو أن تعتبر تطلقها بالحكم إعلاناً للحضور بالجلسة التي تعددها للحلف ، فهذا خارج عما هو مفهوم من مجموع المادتين ومن نظام الإجراءات التي يريده الشارع بحسب الأصل ابتداءه في سائلة اليمين وفي تنفيذ هذا الحكم . على أن ذلك ليس منتهى أن المحكمة معترضة من أن تعدد من تلقاء نفسها جلسة خلف اليمين ، أو أن تعتبر التعلق بحكمها إعلاناً للحضور ، والبحث يمكنها عند عدم حضور من عليه اليمين في المهاد المهد أن تعتبره ناكلاً . كلا ، بل إن ما أن تعدد جلسة للحلف ، ولكن على شرط أن تكون بعيدة بدلاً يسمح بإعلان حكمها للنصم في عمل إقامته الأصل مع مراعاة مواجيع التكتليف بالحضور ومواجيع السئلة ، وأن تملك المحكمة في اليوم المهد للحلف أن الإطعن قد حصل صحيحاً وروميت فيه تلك المرافعة ، كما لا عند تحديد الجلسة أن تعتبر حكمها إعلاناً للحضور ، وذلك في صورة ما إذا كان ثابتاً بمحضر الجلسة أو بالحكم أن المكلف باليمين حاضر شخصياً وقت التعلق به . وفي هذه الحالة تكون الجلسة التي تعددها وتلتها إليه في حكمها ميعودية لمعاد التكتليف بالحضور ، ما لم يقبل المكلف بالخلف في ميعاد أنصر ، ويكون قوله هذا مدوناً بمحضر الجلسة . وإن فلذا كانت المحكمة قد حكمت بالتعطيل ، وحدثت لذلك جلسة لمعاد أنصر من المهاد القانوني المختار ، ثم من جهة أخرى اجبرت التعلق بالحكم إعلاناً للحضور ، ولم يثبت بمحضر الجلسة ولا بالحكم أن المكلف باليمين كان حاضراً ولا أنه قبل بتصوير الميعاد ، فقتضاهما به في موضوع الميعود على اعتبار أن القانون يمنع من اليمين وتناكل منه مجرد عدم حضوره في اليوم المتأجل هو قضاء مؤسس على إجراء مخالف لقانون ، ويصين نقضه (نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة ص ١ ولم ٢٢٢ ص ١٢٢) .

انظر أيضاً : استئناف غلط ١٢ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٤٧ - ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦١ (انصاب قاضي التعطيل باليمين لا يكون إلا عند وجود مدعي دائم ، والقاضي المنتصب سلطات المحكمة المختصة في كل ما يتعلق بتعطيل اليمين) - ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٨ (تحليل الرخصة على رافعة شخصية) - ٢١ فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٢٥ (إعلان صيد اليمين) - ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٢ (طلب تسجيل صيغة اليمين لا يصح تكراراً) .

(٢) الاستدلال أحد الفتاوى في الإلهيات ٢ لقر ٥٦٥ .



وإن صدر الحكم بالتخفيف في غيبة المكلف بالحلف ، وجب تكليفه بالحضور على يد محضر لحلف اليمين بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته . فإن حضر واستمع عن الحلف والرد دون أن ينازع ، اعتبر ناكلاً . وإن نفى ، تنظر المحكمة في سبب غيابه ، فإن اعتبرته علماً شرعياً جازها أن تحدد جلسة أخرى لحلف اليمين ، والا اعتبرته غيابه دون علم شرعي نكولاً (١) .

٢٩٩ - أمر النكول : والنكول يكون بمثابة إقرار ، كما قلنا ، وتكييفه هو تكييف الإقرار . فإذا نكل الخصم على الوجه المتقدم ذكره ، لم يجز له بعد ذلك أن يطلب السماح له بالحلف من جديد ، بل يحكم عليه عقب نكوله . فإن كان من نكل هو من وجهت إليه اليمين ، كسب من وجه اليمين دعواه . وإن كانت اليمين قد ردت على الخصم الذي وجهها ونكل هذا ، خسر دعواه . فالدهوى التي يحلف عليها يكسبها المدعى بنكول خصمه ، ويخسرها برد اليمين عليه ونكوله (٢) .

ويكون الحكم على من نكل مانعاً للمحكوم عليه بعد ذلك أن يثبت صحة الواقعة التي نكل فيها عن الحلف (٣) ر (٤) .

---

(١) فلذا صدر على الخصم حكم غيابي بالنكول ، جاز له أن يمارس فيه ، وإن يرد في المعارضة على الترمي الذي منه من الحضور . فإن قبلت المحكمة العذر ، ألغت الحكم المعارض فيه ، وحلفت المعارض .

(٢) المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيد ( مجموعة الأعمال التمهيدية ٣ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩ ) .

(٣) استئناف مخطط ١٩ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢١ - وقد يتنكل الخصم في بعض الوقائع المطلوب تحميله عليها ويحلف على بعض ، لما نكل منه يكون قد اعترف به ، وما حلف عليه يتنصم الزواج فيه ( استئناف مخطط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٧٢ ) - ويهجر نكولاً تأخير الخصم المكلف بالحلف أداء اليمين من يوم إلى يوم بتأجيلات متعاقبة حتى تضطرب القضية ، ثم يأجل بعد ثلث سنوات يبرهن أن يقرض اليمين ( استئناف مخطط ٤ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٣٠ ) . والخصم الذي استنق في حكمة أول درجة عن حلف اليمين الخامسة لزواج ، مع عدم المعارضة في تنطق الواقعة المقصود الاستئناف عليها بأصل الدعوى ، ولا في جواز تبرؤها ، ولم يبردها على خصمه ، لا يتقبل منه في حكمة الاستئناف الدلول من ذلك الاحتجاج ( كما استئناف ٤ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٩٢ ) .

## المطلب الرابع حجية اليمين الخامسة

٣٠٠ - حجية اليمين الخامسة من حيث الحلف : اليمين الخامسة ، كالإقرار ، حجة قاصرة ، كما قلنا ، سواء في ذلك عند الحلف أو عند النكول . أما من حيث الحلف ، فن وجه اليمين واحتكم بذلك الى ذمة خصمه ، كان أثر هذا الاحتكام قاصراً عليه هو وورثته بعضهم خطأ عاماً له .

= هذا وقد يتكلم الخصم من الحلف ، ولكنه يصيب إلى هذا النكول واقعة من شأنها أن تطل من أثر هذا النكول . مثل ذلك أن يوجه الخصم إلى خصمه اليمين أنه ما انقضت منه المبلغ المسمى به ، فينكل من وجهت إليه اليمين ، ولكنه يضيف أن دين القرض هذا قد انقضى بالتجديد . فهنا يعتبر النكول إقراراً بوقوع القرض ، ولكنه إقرار مركب ، إذ أضيفت إليه واقعة أخرى لاسفة من واقعة التجديد . ويكون حكم النكول في هذه الحالة هو حكم الإقرار المركب ، وهو هنا إقرار غير قابل للتجزئة كما رأينا فيما تقدمناه من عدم تجزئة الإقرار . ويتوقف على ذلك أن الخصم الذي وجه اليمين إما أن يطرح النكول بشقيه ويقوم بإثبات القرض بطريق آخر غير اليمين ، فعل خصمه عندئذ يقع عبـ إثبات وقوع التجديد ، وإما أن يستقي الشق الأول من النكول وهو الإقرار بالقرض على أن يثبت هو عدم وقوع التجديد ( انظر في هذه المسألة بيدان وهور ) فقرة ١٣٢٩ ص ١٦٤ ) .

(١) اعتبر أهر حنيفة النكول بدلاً - أي تركاً للمنازعة - وعند صاحبين النكول إقرار . جاء في تكتلة فتح القدير : « لها - أي لآي يوسف ومحمد رحيهما الله - أن النكول إقرار ، لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار ... إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة لقواجب ودفعاً لفسر من نفسه ، وفيها تحصيل الثواب بإجراء اسم الله تعالى على لسانه تنظيماً له ، ودفع تهمة الكذب من نفسه ، وإبقاء ماله على ملكه . فلو لا موكاذب في يمينه لمسا ترك هذه القرائن الثلاث ، كلها في العناية وغيرها . فكان - أي النكول - إقراراً أو بدلاً من ، بدفع الدال ، أي خطأ من الإقرار ، يعني أنه قائم مقام الإقرار ... ولأي حنيفة أنه - أي النكول - بدلي . وتفسير البدل عنه ترك المنازعة والإعراض عنها ، لا الهبة والتملك ... وأما القلة المرجحة لكونه بدلاً على كونه إقراراً ... لو حسنا على الإقرار لكذبناه في إنكاره السابق ، ولو جلدناه بدلاً لقطعتا المحصورة بلا تكليف ، فكان هذا أول ، صيانة للمسلم من أن يظن به الكذب ... وقيل عليه إن الحكم واجب على الحاكم بالنكول ، والبدل لا يجب به الحكم عليه ، فلم يكن النكول بدلاً . وأوجب منه بأن الحكم لا يجب بالبدل السريع ، ولما ما كان بدلاً بحكم الفسخ كالنكول فلا نسلم أنه لا يجب به ، بل هو موجب له قطعاً للمنازعة » . ( تكتلة فتح القدير ص ١٦٢ - ص ١٦٥ ) .

ولا يصدى بهذا الأثر إلى غير الخمسم وورثته . فلا يصدى إلى الشريك أو الورثة فيما بينهم أو المدين المتضامن . فلو وجه أحد الشركاء في الشروع اليمين إلى مدعى استحقاق الملك الشائع ، وحلف هذا ، كانت اليمين حجة على الشريك الذي وجه اليمين دون غيره من الشركاء . ولو وجه أحد الورثة اليمين إلى دائن التركة وحلف ، كانت اليمين حجة على الوارث الذي وجه اليمين دون غيره من الورثة . ولو وجه أحد المدينين المتضامنين اليمين إلى الدائن وحلف ، كانت اليمين حجة على المدين الذي وجه اليمين دون غيره من المدينين ( م ٢٩٥ فقرة ٢ مدني ) .

وإذا ادعى شخص ديناً على آخر ، فوجه المدعى عليه اليمين إلى المدعى فحلف ، كانت اليمين حجة على من وجهها ، ولا تكون حجة على دائنيه إذا طعنوا في اليمين بالتواطؤ . وإذا تنازع شخصان على عقار ، وباع أحدهما هذا العقار ، ثم وجه اليمين للمتنازع معه فحلف ، كانت اليمين حجة على من وجهها دون المشتري منه . أما إذا كان حلف اليمين قبل البيع ، كانت اليمين حجة على المشتري <sup>(١)</sup> .

### ٣٠١ - هيئة اليمين الخامسة من حيث النكول : وأما من حيث

النكول فحجية اليمين قاصرة قصورها من حيث الحلف . فمن نكل من للشركاء في الشروع ، كان نكوله حجة عليه دون سائر الشركاء . ومن نكل من الورثة ، كان نكوله حجة عليه دون سائر الورثة . ومن نكل من المدينين المتضامنين ، كان نكوله حجة عليه دون سائر المدينين ( م ٢٩٥ فقرة ٢ مدني ) .

### ٣٠٢ - تعارض قصور هيئة اليمين مع قواعدها أخرى : ولكن قد

تعارض القاعدة التي تقضي بقصور حجية اليمين مع قواعد أخرى ، فتتولى

<sup>\*</sup> (١) الأصحاح عهد السلام ضمن في الأدلة ٦ ص ٤٤ - ص ٤٥ - ويستطيع الخصم أن يوجه اليمين إلى نفسه حتى لو انتقل الحق المدعى به من هذا الأخير إلى خلف له ، وبذلك يتيسر توجيه اليمين في واقعة شخصية لمن توجه إليه ، وإذا نكل هذا ، وكان نكوله بهذا انتقال الحق إلى الخلف ، لم يفسد النكول في حق الخلف ( أنبكالو يدي دالوز في القانون المدني : Provee فقرة ١١٢٥ ) .

عند ذلك حجة اليمين . من ذلك أثر القاعدة التي تنص بأن حل أحد المدينين للمضامين يفيد الباقي . وقد قضت الفقرة الثالثة من المادة ٢٩٥ مدني بأنه « إذا انقصر الدين على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامين فحلف ، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك . فهنا تعدت حجة اليمين إلى سائر المدينين المتضامين <sup>(١)</sup> . ومن ذلك القاعدة التي تنص بلو بابط التزم الكفيل بالتزام الأصل . فاليمين التي توجه إلى المدين الأصل فيحلفها تبرئ ذمة الكفيل ، وكذلك اليمين التي توجه إلى الكفيل في أصل الدين لا في الكفالة فيحلفها تبرئ ذمة الأصل <sup>(٢)</sup> .

(١) أما القاعدة التي تنص بأنه لا يحرز لأحد الدائنين المتضامين أن يأتي عملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين ( ٢٨٢ م ٢ م ٢ مدني ) فتشتمل مع قصور حجة اليمين ولا تطلبها فيما إذا وجه أحد الدائنين المتضامين اليمين إلى المدين فيحلفها ، فإن ذمة المدين لا تبرا إلا بالنسبة إلى الدائن الذي وجه اليمين دون غيره من الدائنين . وبذلك تكون حجة اليمين قاصرة على هذا الدائن وحده .

(٢) وقد نصت المادة ١٣٩٥ من المقتن المدي الفرنسي ، تطبيقاً هذه القاعدة ، على ما يأتي : « اليمين لا تكون إلا حجة لمن وجهها أو حجة عليه ، هو وورثته وخلفائه . ومع ذلك إذا وجه أحد الدائنين المتضامين اليمين إلى المدين ، لم تبرئ اليمين ذمة المدين إلا بمقدار حصة هذا الدائن . واليمين الموجهة إلى المدين الأصل تبرئ ذمة الكفيل . واليمين الموجهة إلى أحد المدينين المتضامين تفيد الباقي . واليمين الموجهة إلى الكفيل تفيد المدين الأصل . وفي الحالات الأخرى لا تفيد اليمين الموجهة إلى المدين المتضامن أو إلى الكفيل سائر المدينين المتضامين أو المدين الأصل إلا إذا انصبت على أصل الدين لا على رافعة التضامن أو الكفالة » ( قانون كولان وكاينان ومورانديير ؟ فقرة ٨١٨ فيما يتعلق باليمين الموجهة إلى الكفيل ) . ونصت المادة ٢٢٦ من مقتن أصول المحاكمات المدنية الفرنسي على « أن حلف اليمين لا يصلح حجة إلا تجاه طالب المصلي وورثته وخلفائه في الحقوق إما لم وإما عليهم » . وهذا هو الأصل الفرنسي لنص المادة ١٣٩٥ :

Le serment fait ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déposé ou contre lui, et au profit de ses héritiers et ayants cause ou contre eux. Néanmoins le serment déposé par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier. Le serment déposé au débiteur principal libère également les cautions. Celui déposé à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs. Et celui déposé à la caution profite au débiteur principal. Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal que lorsqu'il a été déposé sur la dette, et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement.

## الفرع الثاني

### اليمين المتعة

٣٠٣ - **ما هي اليمين المتعة :** اليمين المتعة هي يمين بوجهها للقاضي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين ، عندما يرى أن هذا الخصم قدم دليلاً غير كافٍ على دعواه ، ليتم الدليل باليمين . وقد جعل القانون للقاضي هنا - على خلاف العادة - دوراً إيجابياً في الإثبات <sup>(١)</sup> . فأباح له ، إذا لم يقدم أي من الخصمين دليلاً كافياً على ما يدعيه ، أن يختار منهما من يرجع عنده صدق قوله ، فيوجه إليه يميناً يتم بها أدلته غير الكافية . ومن ثم سميت اليمين باليمين المتعة (serment supplétif, supplétoire).

ونذكر منذ البداية أن اليمين المتعة تختلف اختلافاً جوهرياً عن اليمين

(١) ويذهب الفقيهان أوبري ورو إلى أنه كان الأول يوافق اليمين الذي الفرنسي علم الاحتياط باليمين المتعة ، ويقولان في هذا العهد ما يأتي : « قد يكون من الخطأ أن وافق اليمين الذي استيقضوا اليمين المتعة ، فإنها صعباً عليها ، إذ هي تجعل للقاضي سلطة في أن ينزل من تلقاء نفسه ، وبإرادته وحده ، اليق في الدعوى من منطقة القانون إلى منطقة الضمير (conscience) » . (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ هامش رقم ١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في صدد الدفاع عن استيفاء اليمين المتعة ، ما يأتي : « نص اليمين الفرنسي (م ١٣٦٦) على اليمين المتعة ، ونصه في ذلك اليمين الإيطالي (م ١٣٧١) واليمين الهولندي (م ١٩٧٧) واليمين المصري (م ٢٨٨/٢٢٣) واليمين البرلماني (م ٢٥٣٣) . ثم أبقى واضع المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٣١٩) على هذه اليمين رغم ما وجه إليها من نقد - وقد أشار بعض الفقهاء بوجوب حذف اليمين المتعة لأن المروءة من توافرت ، فلا حاجة لليمين لصد الخصم عن المطالبة بغير المستحق ، وهي إذا اقتضت لم يستشر الخصم حرجاً من الحلف فيها . ثم إن القاضي لا يحتاج إلى اليمين لتسكين الإشتباك من نفسه ، لأن من يخلف في إثبات دعواه يهوه بالمسألة ، ولا يستشر القاضي حرجاً في التقصص عليه ، لأنه ينزل في ذلك على حكم القانون - بيد أن هذا النظر ينفل خصائص اليمين بوصفها طريقاً للإثبات وطبيعة هذه اليمين والغاية منها . لأن اليمين طريقاً اضطرارية ، أن المطلوب أن يمكن القاضي من الاستبعاد إليها في ظل الضمانات التي يقررها القانون ، أي حيث لا يكون الطلب أو الدفع مجرداً من كل دليل وحيث يكون هذا الدليل غير كافٍ في ذاته . ويرى أن اليمين نظام تقتضيه العدالة ، فهي والحال هذه عامل مهم على سير العدالة ، فضلاً عن -

الحاسمة ، في أن اليمين الأولى يوجهها القاضى لا الخصم ، ولا يوجهها إذا كانت الدعوى خالية من أى دليل . ولا يتحمل عليه أن يأخذ بما تؤدي إليه من حلف أو نكزول فقد يرفض طلب من حلف ويحجب طلب من نكل . ثم إن مهمة اليمين المتحمة غير مهمة اليمين الحاسمة ، فاليمين المتحمة إنما توجه لاستكمال أدلة ناقصة ، أما اليمين الحاسمة فتقوم وحدها دليلاً يستبعد أى دليل آخر<sup>(١)</sup> . وسنعود إلى هذه الفروق بعد أن نفصل أحكام اليمين المتحمة .

#### ٤ : ٣ - تكليف اليمين المتحمة : وهناك فرق جوهري آخر بين اليمين

المتحمة واليمين الحاسمة . فقد رأينا فيما قدمناه أن توجيه اليمين الحاسمة من الخصم إلى خصمه هو تصرف قانونى بإرادة منفردة . أما توجيه اليمين المتحمة من القاضى فهو ليس الا واقعة مادية ، يلجأ إليها القاضى لاستكمال الأدلة . فتحمض اليمين المتحمة إذن طريقاً من طرق الإثبات ذات القوة المحدودة وذات الأمر التكميل ، ولا تتطوى على أى تصرف قانونى .

وتتكمّل في اليمين المتحمة ، كما فعلنا في اليمين الحاسمة ، في توجيه اليمين وفي الآثار التي تترتب على توجيهها . ونعقب ذلك بالكلام في صور خاصة لليمين المتحمة : يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار ويمين التقويم .

---

... أن القانون يترك للقاضى حرية التقدير بشأن ضرورة توجيهها وتعيين من توجه إليه من الخصوم . وفي من البيان أن هذا التقدير ينبغي أن يتناول توجه خاص بما يجرى في الخصم من بواطن الخلق ، ولهذا لم يرد وجه التوجيه بعدم جواز توجيه اليمين المتحمة إذا كان من توجه إليه غير أهل لأي ثقة كما يفهم ذلك من عبارة المادة ٢٥٢٢ فقرة ٢ من المصنّف البرتغالي . ويلاحظ أن المصنّف فرمت لطرح مسأله نظام تقييد الدليل ونظام حيدة القاضى أزاء مدعى الخصوم ، فيجب والحال هذه أن تؤدي وتفيها كاملة . هذا ويلاحظ من الناحية العملية أن القاضى لا يلجأ إلى اليمين المتحمة إلا في كثير من المحلة والاحتمال ، بعد تقدير جدى هذه اليمين تقديراً يحد فيه بشخصية الخصم . إزاء كل أولئك روى الإبقاء على اليمين المتحمة في نصوص المشروع . ( مجموعة الأحكام التصديرية ٣ ص ٤٦٠ - ص ٤٦١ ) .

ولعل خير دفاع من اليمين المتحمة هي أنها وسيلة للتعطيل من جهة التعطيل للقانون للإثبات ، فهي توسع أمام القاضى مرونتها ما ضاع بسبب جمود هذا التعطيل .

(١) استئناف غطط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٨ - أوبري ورو ١٢ فقرة ٢٦٧

## ١٥ - توجيه اليمين المتعة

٣٠٥ - انصرصى القانونية : تنص المادة ٤١٥ من التقنين المدني على ما يأتى :

- ١ - للقاضي أن يوجه اليمين من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين ليعنى على ذلك حكمه فى موضوع الدعوى أو فى قيمة ما يحكم به .
- ٢ - ويشترط فى توجيه هذه اليمين ألا يكون فى الدعوى دليل كامل ، وألا تكون الدعوى غالية من أى دليل<sup>(١)</sup> .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدني السابق المادة ٢٧٣/٢٨٨ م<sup>(٢)</sup>.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السوري المادة ١٢١ ، وفى التقنين المدني العراقي المادة ٤٨٢ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني للمادتين ٢٣٧ و ٢٣٨ ، وفى التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٤ م<sup>(٣)</sup>.

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٥٣ من المشروع الصهيدي على وجه طابق . واقره لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٤٢٨ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٤١٥ ، لمجلس الشيوخ ( بمجموعة الأعمال المتصلة ٣ ص ٤٦٠ و ص ٤٦٢ - ص ٤٦٣ ) .

(٢) وكانت المادة ٢٧٣/٢٨٨ من التقنين المدني السابق تهرى على الوجه الآتى : « إذا تعين أن الأوراق المقدمة للادعاء غير كافية له ، فلقاضي أن يكلف الدائن باليمين ليقايد دونه ، أو يكلف المدين بما لإثبات برائة دونه من الدين » . ونص التقنين المدني الجديد أمضى من حيث إنه لا يشترط ، لتوجيه اليمين المتعة ، وجود أوراق للادعاء غير كافية . فقد تكون الدعوى تهرية أو لا تزيه على نصاب البينة ، فيكون فى هذه الحالة أن يقدم الخصم بينة أو قرائن - لا بأوراق - تستكمل بهد ذلك باليمين المتعة . ومهما يكن من أمر ، فالحكم واحد فى التقنينين الجديد والقديم ، رهناً من الخلاف فى النص .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١٢١ : مطابقة تقريباً لنص التقنين المصري ومطابقة منه فى الحكم .

التقنين المدني العراقي م ٤٨٢ : مطابقة لنص التقنين المصري .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣٧ : يحق للقاضي أن يكلف أحد الطرفين حلف اليمين ، أما لجلل الحكم موقوفاً عليها ، وأما لتعين المبلغ الذى سيسمح به - م ٢٣٨ : لا يجوز للقاضي أن يطلب من تلقاء نفسه تحليف اليمين على القلب ولا على النصف الذى يقابل إلا إذا توافرت

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادتين ١٣٦٦ و ١٣٦٧<sup>(١)</sup>.  
ونبحث هنا أيضاً ، كما بحثنا في البمين الخامسة ، المسائل الآتية :  
(١) من يوجه البمين المتممة (٢) لمن توجه (٣) متى توجه (٤) موضوعها  
(٥) جواز الرجوع فيها .

٣٠٦ - مع توجه البمين المتمم : يوجهها القاضي من تلقاء نفسه ،  
لا الخصم . ولا يتقيد القاضي في ذلك بطلب الخصوم ، فلو طلبا خصم فلتقاضى  
أن يقدر هذا الطلب ، فيوجهها أو لا يوجهها . وله أن يوجهها ، كما قلنا ، حتى  
لو لم يطلب الخصم توجيهها<sup>(٢)</sup> .

٣٠٧ - لمن توجه البمين المتمم : وتوجه لأي من الخصمين بحسب  
تقدير القاضي . فان رأى القاضي أن أحد الخصمين - المدعى أو المدعى عليه -  
قدم أدلة على ادعائه في الدعوى أو في الدفع<sup>(٣)</sup> أرجح من أدلة الخصم الآخر  
وإن كانت في ذاتها غير كافية ، ورأى إلى جانب ذلك أن هذا الخصم ذا الدليل

الطرفان الآتيان : (أولاً) يجب ألا يكون الطلب أو الدفع ثابتين كل التبروت . (ثانياً) يجب  
ألا يكونا جرمين تماماً من الإثبات . وفيما عدا هاتين الحالتين يجب على القاضي أن يكتفى بقبول  
الطلب أو بدفعه . (والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصري) .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٦ : يجوز للقاضي أن يوجه البمين لأي من الخصمين ،  
إما ليحصل الحكم في القضية موثقاً عليها ، وإما ليدين المبلغ الذي يحكم به - م ١٣٦٧ : لا يجوز  
لقاضي أن يوجه البمين من تلقاء نفسه ، سواء في الدعوى أو في الدفع المقابل لها ، إلا بالطرفين  
الآتين : (أولاً) يجب ألا يكون هناك دليل كامل على الدعوى أو الدفع . (ثانياً) يجب ألا  
يكونا خاليتين من أى دليل - وفيما عدا هاتين الحالتين يجب على القاضي أن يكتفى بقبول  
الدعوى أو بدفعها .

Art. 1366. Le juge peut déferer à l'une des parties le serment, ou pour  
en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le  
montant de la condamnation. Art. 1367. Le juge ne peut déferer d'office le  
serment, soit sur la demande soit sur l'exception qui y est opposée, que  
sous les deux conditions suivantes : 1° Que la demande ou l'exception  
ne soit pas pleinement justifiée ; 2° Qu'elle ne soit pas totalement  
dénudée de preuves. Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou rejeter  
purement et simplement la demande.

- (٢) استئناف مخطط ٦ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٠ .  
(٣) استئناف مخطط ٢٢ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٣ .



الراجع أولى بالثقة فيه والاطمئنان إليه ، وجه إليه هو ، دون الخصم الآخر ،  
اليمن التهمة ليستكمل أدلتها . وإن رأى الخصمين متكافئين في كل ما تقدم ،  
فالظاهر أنه يوجه اليمن التهمة إلى المطلوب من الخصمين لا الطالب ، لأن  
الأصل براءة التهمة <sup>(١)</sup> . حل أن القاضي في كل هذا إنما يسير بحسب اقتضائه  
وبمقدار ما يطمئن إلى أى من الخصمين ، دون أن يتقيد بقاعدة معينة ، فمن  
من الخصمين رآه أجدر بالثقة حلفه اليمن <sup>(٢)</sup> .

ولا تشترط أهلية خاصة في الخصم الذي توجه إليه اليمن . بل تكفى فيه  
أهلية القاضي ، لأن اليمن للتهمة ليست تصرفاً قانونياً ، بل هي وسيلة من  
وسائل التحقيق والإثبات كما قلنا . وسرى أنه لا يصح التوكيل في حلف  
اليمن التهمة .

ولا يجوز توجيه اليمن التهمة إلى غير خصم أصلي في الدعوى . فلا توجه  
إلى الدائن الذي يرفع الدعوى باسم مديته ، بل توجه إلى هذا المدين بعد إدخاله  
في الدعوى <sup>(٣)</sup> .

### ٣٠٨ - متى نوزع الجميع التهم : توجه في أية حالة كانت عليها

الدعوى ، إلى أن يصدر حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي . ويجوز توجيهها  
بعد إقفال باب المرافعة ، فيعيد القاضي القضية إلى المرافعة إذا رأى محلاً لذلك .  
كما يجوز توجيهها لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، في أية حالة كانت عليها  
الدعوى على الوجه المتقدم الذكر .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القاضي بالخيار في توجيه اليمن التهمة لأحد الخصمين  
الذي يرى كفته أرجح في الأدلة ، وإذا تساوت الأدلة ، حل الأثر في نظره ، فلا مانع من أن  
يوجهها للمضى عليه ، لأن الأصل فيه عدم تهمته ( ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٩ أحكام ٣٠ رقم ٤٦٠  
ص ١٠٢٦ - انظر مع ذلك ما جرى دور ١٢ ص ٣٩٠ - وانظر في هذا المعنى : ديولوب ٣٠  
فقره ٧٠٩ - بودري وبارد ٤ فقره ٢٧٧٢ . ولا يجوز لقاضي أن يوجه اليمن التهمة لكلا  
الخصمين ، حل أن ينظر فيما بعد لمن يحكم له فيها ، حلها أو تكتلها أو حلف أحدهما وتكتل  
الآخر : أنسكلويدي مالوز في القانون المدني ٤ لفظ Prouve فقره ١٢٢٤ ) .

(٢) أوبري دور ١٢ فقره ٧٦٧ هامش رقم ١٠ - بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقره ١٥٨٣  
ص ١٠٥٩ - ص ١٠٥٨ - الموجز المؤلف ص ٦٩٥ .

(٣) أوبري دور ١٢ فقره ٧٦٧ هامش رقم ٨ .

ولكنها لا توجه إلى خصم إلا لاستكمال أدلة . فذهب إذن — كما يقول النص — ألا يكون في الدعوى دليل كامل ، وألا تكون الدعوى خالية من أى دليل . أى يجب أن يكون في الدعوى مبدأ ثبوت (commencement de preuve) بالكتابة أو بنقل الكتابة على حسب الأحوال<sup>(١)</sup> . ذلك أنه إذا كان في الدعوى دليل كامل ، لم تصبح هناك حاجة لليمين المتممة ، ونفى لصحة صاحب هذا الدليل<sup>(٢)</sup> . وإذا كانت الدعوى خالية من أى دليل ، لم يصح توجيه اليمين المتممة لأى من الخصمين ، لأن هذه اليمين لا توجه إلا لاستكمال أدلة ناقصة ، فلا محل لمكان أدلة غير موجودة كما هو شأن اليمين الخامسة ، وإنما يقضى في هذه الحالة على الخصم الذى غلبت دعواه من أى دليل .

والدليل الناقص الذى تكمله اليمين المتممة يختلف باختلاف ما إذا كان الادعاء يجوز إثباته بالبينة والقرائن أو لا بد من الكتابة في إثباته . فإذا كان الإثبات جائزاً بالبينة والقرائن ، فالدليل الناقص يضح أن يكون بينة أو قرائن ليست كافية لإثبات القاضى ليستكملها باليمين المتممة ، ويكون ذلك في ادعاء لا تجاوز قيمته عشرة جنيهات وكذلك في جميع المواد التجارية<sup>(٣)</sup> . أما إذا كان

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن شرط توجيه يمين المتممة هو أن يكون لدى كل من الطرفين مبدأ ثبوت لا يرقى إلى مرتبة التحليل الكامل ، فإذا ما وجهت المحكمة اليمين إلى أحد الخصمين وحلفها ، وفقدت من ذلك أن التحليل الكامل قد توافر على صحة ما يدعيه ، فليس في ذلك ما ينافي ما سبق أن قرره في حكمها الصادر بهوجه يمين من أن كلا من الطرفين يستحق في دعواه إلى دليل له قيمته (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ بموجبة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٢ ص ١٢٢) . وقضت محكمة الاستئناف المحظوظة بأن اليمين المتممة لا يجوز توجيهها إذا كانت الدعوى خالية من أى دليل (٢٨ يناير سنة ١٩٥٢ م ١٥ ص ١٠٦) . وقضت أيضاً بأنه لا يجوز توجيه اليمين المتممة إذا كان هناك دليل كامل أو لم يكن هناك أى دليل (٢٢ يولي سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١١٢) .

(٢) حل أنه إذا وجه القاضي إليه اليمين المتممة بالرغم من تقديمه دليلاً كاملاً ، فخطأها ، لم يكن هذا موجباً لبطان الحكم ( بلاتويل وريبر وجيهولك ٧ بقرة ١٥٨٢ — ميدان روبر ٩ بقرة ١٣٢١ ) — وإن نكل ضماً ، فالقاضي يقضى بالرغم من ذلك لصحته إذ قدم دليلاً كاملاً على صحة ادعاءه . فإن قضى ضده بسبب التكرار ، كان هذا خطأ في القانون يفسخ لرقابة محكمة النقض .

(٣) وقد رأينا أن نص القانون المثل السابق (م ٢٢٢/٢٥٨) صحيح من هذه الناحية =

الإثبات بالكتابة واجباً ، فالدليل الناقص يجب أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، لا مجرد بينة أو قرائن ، إلا في الحالات التي تجوز فيها البينة والقرائن بدلا من الكتابة لمسوخ القانوني ، كما إذا كان هناك مانع من الحصول على الكتابة أو فقدت الكتابة بسبب أجنبي بعد الحصول عليها (أ) .

= فهو يفترض لتوجيه البينة المختصة أن تكون في الدعوى أوراق مكتوبة. ولم يأخذ القضاء بظاهر النص ، بل مال إلى عدم الافتراض أن يكون مبدأ الثبوت حاصل بالكتابة في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبينة والقرائن . فكتبت محكمة استئناف مصر بأنه لا يفترض أن يكون مبدأ الثبوت حاصل بالكتابة (١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٥ الحاشية ٣٠ رقم ١٥٥ ص ١٦٢) . وذكرت في حكم آخر بأن القضاء اعطى في توجيه البينة المختصة في الأحوال التي كتبت به شهادة القهود اعتماداً على أن المادة ٢٢٣ مدني تنص على أنه إذا تبين أن الأوراق المختصة للإثبات غير كافية ... وقرأناج أنه يجوز توجيهها حتى في الحالات التي كتبت به شهادة القهود بصلة عامة وفي المسائل التجارية (ب) منها ... والقاضي بالتأخير توجيهها في طلب أصل في الدعوى أو دفع مطرح فيها لأحد الخصمين الذي يرى كلفه أرجح في الأدلة ، وإذا تساوى على الأقل في نظره فلا مانع من أن توجيهها للمدعي عليه لأن الأصل فيه عدم تصديده - وعلى كل فالقاضي له أن يعطل بعد توجيهها إذا وجد ما يبينه من ذلك ، بل له ألا يأخذ بها بعد تأنيدها . وإذا رفضها من وجهه فلا يس من الحكم أن يحكم عليه (٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٩ الحاشية ٣٠ رقم ٤٦٠ ص ١٠٢٦) .

(١) استئناف مخطط ١٣ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٩٢ - ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٤٩ - ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٤ - ١٤ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٧٠ - ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٢ - ٦ يولي سنة ١٩٢٤ م ٣٤ ص ١٦٢ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٦ .

وأنظر : أوبري ودور ١٢٢ فقرة ٧٦٧ - ٣٨٨ - ص ٢٨٩ - بلانيول وريزيو وجابوله ٧ فقرة ١٥٨٢ ص ١٠٥٦ - ١٠٥٧ - بلانيول وريزيو وبلانجييه ٢ فقرة ٢٢٩٣ ص ٧٢٣ .

(٢) وكه جده في المذكرة الإيضاحية لمشروع المصمدي في هذا الصدد ما يأتي : « وقد حُرست هذه الفقرة لشروط جواز قبول البينة المختصة وحجبتها . فهي تختص من البينة المختصة في أنها لا تكون جائزة القبول إلا حيث لا يكون الدليل كاملاً وحيث لا تكون الدعوى غالية من كل دليل . فإعمال هذه البينة يفترض أن الادعاء قريب الاحتمال ، فينبغي أن يكون ثمة مبدأ ثبوت ، لا يمكن بمجرد لتكوين دليل كامل ، وإن انطوى فيه على تمييز هذا الاحتمال . فإذا توافر في الدعوى دليل كامل انطقت دعوى البينة المختصة واحتج قبولها ، لأن القاضي يلزم بالتصديق على الدليل والقضاء للمدعي على أسسه . وينبغي كذلك ألا تكون الدعوى غالية من كل دليل ، لأنها تكون في هذه الحالة غير محمية الاحتمال لأن توافر مبدأ الثبوت القانوني هو الذي أسمع عليها هذا الحرف - ويصير مبدأ ثبوت في رأي القبطه والقضاء : (١) الإقرار الجزئي . (ب) والبينة والقرائن إذا كانت كافية لكل من طرفة جهات ، لأن هذه أو تلك قد تصير غير كافية في ذاتها =

٣٠٩ - موضوع الميمين المتضمن : ولما كانت الميمين المتممة هي لتكلفة دليل ناقص ، فالواقعة التي يحلف عليها الخصم هي تلك التي تكفل دليله ليثبت ادعائه ، دعوى كان أو دعفاً . فهي إذن لا بد أن تكون واقعة غير مخالفة للقانون ولا لنظام العام ولا للأداب ، ويجب أن يكون من شأنها أن تكفل الدليل الناقص في تقدير القاضي (١) .

ويطلب أن تكون الواقعة التي يحلف عليها الخصم الميمين المتممة هي واقعة الادعاء بأجمعها ، كأن يحلف الدائن أن له في ذمة المدين مبلغ كذا بسبب القرض ، فيستكمل بهذه الميمين مبدأ ثبوت بالكتابة قلته لإثبات عقد القرض . ولكن لا شيء يمنع من أن تكون الواقعة مجرد قرينة من شأنها ، إذا ثبت ، أن نضاف إلى أدلة أخرى موجودة فيثبت المدعى به بمجموع هذه الأدلة (٢) . مثل ذلك أن يحلف المدين ميميناً متممة على أنه أقرض الدائن ، بعد حلول الدين المدعى به ، مبلغاً من المال ، ليستخلص من واقعة القرض قرينة نضاف إلى مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات برادة ذمته من الدين المدعى به .

كذلك يطلب أن تكون الواقعة التي يحلف عليها الخصم الميمين المتممة واقعة

---

= (١) - ومبدأ الثبوت بالكتابة إذا زادت القيمة على عشرة جنيهات أو كان الإثبات بالبينة صعباً أو مستحيلاً (د) ودفاتر التجار بشأن ما يوردون متى كانت منظمة (مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٤٦١ - ص ٤٦٢) .

(١) انظر في الميمين المتممة لتكلفة دليل ناقص : استئناف مخطوط ٣١ أكتوبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٧٢ - ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٤ - ١٣ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٩٢ - ٢١ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٥٥ - مصر الكلية ١٢ يولي سنة ١٩٣٢ العلامة ١٣ رقم ٣٦٧ ص ٧٤٤ . هذا وقد رأينا عند الكلام في دفاتر التجار أن البيانات المثبتة فيها لما وردده التجار لعدم التجار تصلح أساساً ليمين القاضي أن يوجه الميمين المتممة إلى أي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة (م ٣٩٧ فقرة أولى مدني) .

ويقرر الأستاذ عبد السلام دعي أن الميمين المتممة لا يمكن توجيهها إلى الخصم في الدعوى المدنية المرتبطة بالدعوى الجنائية ، شأنها في ذلك شأن الميمين الخامسة (الأدلة ٢ ص ٥٣ - ص ٦٠ - انظر أيضاً في هذا المعنى برومي وهارد ٤ فقرة ٢٧٧٧) .

(٢) أوبري ورد ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٢٩١ وحاشي رقم ١٤ - بيدان وهو ٩ فقرة ١٣٢٣ - بلانيلوك وديري وجارول ٧ فقرة ١٥٨٤ ص ١٠٥٨ .

شخصية . فان لم تكن شخصية كان الحلف على عدم العلم<sup>(١)</sup> . ذلك أن اليمين المتممة ، كاليمين الحاسمة ، قد تكون يميناً على عدم العلم . مثل ذلك أن يوجه القاضي اليمين المتممة إلى ورتة المدعى عليه يحلفون أنهم لا يعلمون أن مورثهم قد تلم الوديعة المدعى بها من المدعى . وليست يمين عدم العلم هذه يمين استيثاق ضرورية ، شأنها في ذلك شأن يمين عدم العلم الحاسمة ، ولكن يمين الاستيثاق هي التي قد تكون في بعض صورها يميناً بعدم العلم . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في يمين الاستيثاق .

٣١٠ - موارد الرجوع في اليمين والتمتع : واليمين المتممة يجوز الرجوع فيها دائماً . وقد رأينا أن القاضي هو الذي يوجهها . فإذا وجهها إلى أحد الخصمين ، ثم بدا له بعد ذلك أن يرجع ، بأن كشف عن أدلة جديدة أكلت الأدلة الناقصة أو تقضتها فلم يعد هناك مسوغ لتوجيه اليمين المتممة ، جاز له الرجوع . بل يجوز له الرجوع لمرء أن يكون قد غير رأيه دون حاجة إلى الكشف عن أدلة جديدة ، فقد يبد النظر في تقدير الأدلة الموجودة فیراها كاملة وكان يظنها قبل توجيه اليمين ناقصة ، أو لا يرى فيها دليلاً بعد أن كان يظنها أدلة ناقصة ، فيرجع عندئذ عن توجيه اليمين المتممة بعد أن يكون قد وجهها .

وسنرى فيما يلي أنه حتى بعد أن يحلف الخصم اليمين المتممة لا يكون القاضي مقيداً أن يحكم بموجبها ، فقد يرى بعد النظر أن يحكم ضد الخصم بعد أن حلف اليمين ، أو يحكم لمصلحته بعد أن نكل .

## ٥ ٢ - الآثار التي ترتب على توجيه اليمين المتممة

٣١١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤١٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) استكتاب مخطط ١٥ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٦٥ - لوهرى ودو ١٢ طعة ١٩٧٧ ص ٣٩٠ - ص ٣٩١ - مبدان وهو ٩ فقرة ١٣٣٣ - قارن بودوى وبلرد ٤ فقرة ٢٧٧٥ .

ولا يجوز للخصم الذي وجه إليه التقاضى اليمين للتمسك أن يردّها على الخصم الآخر<sup>(١)</sup> .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون اليمينات السوري المادة ١٢٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨٥ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٩ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٤٠٥ .  
ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٨<sup>(٢)</sup> .

٣١٢- لا خيار لمن وجهت إليه اليمين المتممة فاما الحلف أو النكول :  
ويتبين من نص التقنين المدني المصري ألا خيار لمن وجهت إليه اليمين للتمسك ، فهو إما أن يحلف أو ينكل ، ولا يستطيع أن يرد اليمين على الخصم الآخر . ذلك لأن اليمين موجهة إليه من القاضي لا من الخصم الآخر ، ولأنها وسيلة تكميلية لاكتناع القاضي وليست احتكاماً إلى ضمير الخصم حتى يجوز لها ردها ليحكم هو إلى ضمير نفسه<sup>(٣)</sup> .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٤ من المشروع التمهيدي من وجه مطابق . وأقر لجنة المراجعة تحت رقم ٤٢٩ في المشروع النهائي ، مجلس النواب ، لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٦ ، مجلس الشيوخ ( مجموعة الأعمال التصحيحية ٣ ص ٢٦٣ - ص ٢٦٤ ) .  
(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون اليمينات السوري م ١٢٤ : مطابقة للتقنين المصري .

التقنين المدني العراقي م ٤٨٥ : مطابقة للتقنين المصري .  
تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣٩ : أن اليمين التي يطلبها القاضي مباشرة من أحد الطرفين لا يمكن ردها على الخصم . ( والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصري ) .  
التقنين المدني للمملكة العربية السعودية م ٤٠٥ : مطابقة للتقنين المصري .  
(٣) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٨ : اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصمين لا يجوز ردها من هذا الخصم على الخصم الآخر .

Art. 1368 : Le serment décliné d'office par le juge à l'un des parties, ne peut être par elle réitéré à l'autre.

(٤) وقد جدد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « انتهى »

فانضمم الذي وجه إليه القضاة اليمين المتصلة لا متصلة له إذ أن من أحد موقنين: الحلف أو النكول<sup>(١)</sup> . ونرى الآن ماذا يترتب من الأمر على كل من هذين الموقنين .

**٣١٣- حلف القسم لليمين المتممة:** يحلف الخصم اليمين المتصلة بنفسه ، ولا يجوز له أن يوكل أحداً غيره في الحلف ، شأن اليمين المتصلة في هذا شأن اليمين الحاسمة . ذلك أن المقصود من الحلف ، في الحالتين ، هو تأكيد التمسك لما يدعيه مع تعزيز التأكيد بالإيمان . وهو بعد لو ثبت حثه في يمينه ، كان معرضاً للعقوبة الجنائية المنصوص عليها في المادة ٣٠١ من قانون العقوبات وقد تقدم ذكرها . ونص هذه المادة غير مقصور على اليمين الحاسمة ، بل يشمل كل يمين يلزم بها الخصم في المواد المدنية فيحلفها كذباً . ومن ثم يتناول النص ، فوق اليمين الحاسمة ، اليمين المتصلة ويمتنع الاستيثار وغيرها من الأيمان التي يلزم بها الخصم في المواد المدنية .

وكل ما ذكرناه في كيفية حلف اليمين الحاسمة يسرى بالنسبة إلى حلف اليمين المتصلة .

والغالب أن الخصم إذا حلف اليمين المتصلة قضى لصالحه ، إذ يكون هذا

---

= للمفروع أثر التقنين الفرنسي ( م ١٣٦٨ ) والتقنين الإيطالي ( م ١٣٧٦ ) والتقنين الهولندي ( م ١٩٨٠ ) والتقنين البرتغالي ( م ٢٥٣٤ ) والمشروع الفرنسي الإيطالي ( م ٢٢١ ) في استظهار هذا الفرق الجوهرى بين اليمين المتصلة واليمين الحاسمة . ويراهى أن التفريق بين اليمينين من هذا الوجه حتم تقتضيه طبيعة اليمين المتصلة ، لأن إحكامها من شأن القضاة فهو الذى يرجع إليه أمر توجبها ، وهو الذى يمين من توجه إليه من الخصمين ، ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦٣ - ص ٣٦٤ ) .

(١) وإذا مات من وجه إليه القضاة اليمين المتصلة قبل أن يحلفها ، اعتبر الحكم بوجهها كأن لم يكن . وقضاة أن يفضل في الزواج دون يمين مسموعة ، أو أن يوجه طلع اليمين إلى الخصم الآخر ، أو أن يوجه يميناً مسموعة بعدم العلم إلى ورقة الخصم الذى مات ( أوبرى ودو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩٤ - بلانويك وديبير وجابورك ٧ فقرة ١٥٨٣ ) .

وقد رأينا أنه إذا مات من وجهت إليه اليمين الحاسمة قبل أن يحلفها ، لم تعتبر اليمين مردودة على الخصم الآخر لأن رد اليمين ليس بالتزام تغييرى بل هو التزام بدل ، ومن ثم يرجع الأمر إلى ما كان عليه قبل توجيه اليمين . ليطبق الحكم لإذن في أن اليمين لا تعتبر مردودة إلى الخصم الآخر ، في كل من اليمين الحاسمة واليمين المتصلة ، ولكن لسببين خططين : في اليمين الحاسمة الالتزام برد اليمين ليس إلا التزاماً بدلياً ، وفي اليمين المتصلة الالتزام برد اليمين لا وجود له أصلاً .

الحلف قد استكمل الأدلة التي كانت ناقصة ، وأقنع القاضي بصفحة ادعائه . ولكن إذا ثبت بحكم جنائي كذب اليمين ، جاز للخصم الآخر أن يطالب بتعويض مدني ، وهذا دون إخلال بالظن في الحكم الذي صدر تأسيساً على اليمين المتممة بطريق الاستئناف أو بطريق النقاس النظر . وقد رأينا أن هنا كله جائز في اليمين الحاسمة ، فهو جائز من باب أولى في اليمين المتممة . بل ويجوز ، في اليمين المتممة ، أن يدعى الخصم طالب التعويض مدنياً في الدعوى الجنائية التي ترفعها النيابة العامة ، كما يجوز له أن يرفع دعوى الجنحة المباشرة <sup>(١)</sup> .

بل أنه ليس حتماً على القاضي ، بعد أن يحلف الخصم اليمين المتممة ، أن يقضي لصالحه . فقد يقع ، كما قلنا ، أن القاضي ، بعد حلف اليمين وقبل التعلق بالحكم ، يقف على أدلة جديدة تقضه بأن ادعاء الخصم الذي حلف اليمين يقوم على غير أساس ، فيحكم ضده . بل ليس من الضروري أن يكشف القاضي أدلة جديدة ، فقد يبعد النظر كما أسلفنا في القضية ، بعد الحلف وقبل الحكم ، فيقتنع بغير ما كان مقتنئاً به عند توجيه اليمين المتممة ، فيقضي ضد من حلف <sup>(٢)</sup> .

(١) انظر في هذا المعنى حتى في عهد المحققين المدني السابق : ( ملوى ٣٠ مايو سنة ١٩٠٥ المبيعة الفرنسية ٦ رقم ١٠٦ - وانظر عكس ذلك وعدم دعوى التعويض أمام محكمة الجناح أو أمام المحكمة المدنية ، أسوة باليمين الحاسمة ، وذلك في عهد المحققين المدني السابق : أسوان ١٤ يولييه سنة ١٩١٢ المبيعة الفرنسية ١٤ رقم ٩٧ ) - وقد جدد في المذكرة الإيضاحية المشروع المنهني في هذا الصدد ما يأتي : « ومع ذلك فاليمين المتممة طريق من طرق الإثبات ، فيجوز تقضي دلالتها وإثبات العكس ، ويجوز للضرور في هذه الحالة أن يدعى مدنياً لسطابة بالتعويضات أمام المحاكم الجنائية ، ويجوز له أيضاً أن يظن في الحكم بالطرق المقررة » ( مجموعة الأعمال الصغيرة ٣ ص ٤٦٢ ) .

أما في الفقه الفرنسي ، فقد ذهب فقهاءان لوبري ورو ( ١٢ فترة ٧٦٧ ص ٢٩٣ ) إلى أن التعويض ، ومن ثم الادعاء مدنياً في الدعوى الجنائية ورفع الجنحة المباشرة ، غير جائز في اليمين الحاسمة ، شأن هذه اليمين في ذلك شأن اليمين الحاسمة . ووافقهما في هذا الرأي : لاوومير ١٣٦٧ م - ١٣٦٨ فترة ٢٥ - بلانويك وديوير وجابولك ٧ فترة ١٥٨٥ - جارسون في التناون الجنائي م ٣٦٦ فترة ١٧ . ويذهب إلى عكس هذا الرأي : ماركاييه م ١٣٦٨ فترة ٣ - بوردو وبلرد ٤ فترة ٢٧٧٩ . ولم يحسم اقتضاء الفرنسي هذا الخلاف ( بلانويك وديوير وجابولك ٧ فترة ١٥٨٥ ) .

(٢) وقد جدد في المذكرة الإيضاحية للشروع المنهني في هذا الصدد ما يأتي : « وتعتبر اليمين الحاسمة دليلاً تكليفاً إنشائياً كما هو ظاهر من اسمها . ويجوز أن يربط عليها الفصل في النزاع ولكن لا يكون ترجيحها ضرورياً لهذا الفصل . وتعتبر هذه اليمين إجراء من إجراءات »



بل إن القاضي يقضى لمصلحة من حلف ، ثم يستأنف الحكم ، فترى هذه الاستئناف رأياً آخر ، إذ هي لا تنقذ بتوجيه اليمين ولا بحلفها في المحاكمة الابتدائية . فقد ترى الأصل لتوجيه اليمين المتممة ، لأن الأدلة قد أصبحت كافية ، أو كانت كافية من قبل ، أو أن الأدلة معلومة بحيث لا يجوز توجيه هذه اليمين . وحتى إذا رأيت أن توجيه اليمين المتممة كان مستغنياً ، فقد ترى أن الخصم الذي كان يجب أن توجه إليه هذه اليمين هو الخصم الآخر ، فتوجهها له لأول مرة في الاستئناف ، وتفضل اليمين الأخرى التي كانت المحكمة الابتدائية قد وجهتها . بل قد لاتعدل محكمة الاستئناف عن توجيه اليمين المتممة إلى الخصم الذي وجهتها إليه المحكمة الابتدائية ، ولكنها لا تنقذ بموجبها ولا تقتنع بما اقتنعت به المحكمة الابتدائية ، فلا تقضى لمصلحة من حلف اليمين <sup>(١)</sup> .

٣١٤ - نكول الخصم عن اليمين المقررة : أما إذا نكل الخصم الذي وجهت إليه اليمين المتممة ، فإن الأدلة الناقصة التي كان قد قدمها لإثبات ادعائه

---

= التحقيق التي تيسر لقاضي تحصيل دليل خاص تقضي المدانة ويكون له ما لغيره من قوة الإلزام ، لأنها تفترض توافر عناصر إثبات لها مكانتها وإن كانت أدنى من مرتبة الدليل . وهي تختلف كذلك عن اليمين الحاسمة ، لأنها لا تنقل مصير النزاع إلى نطاق القصة بل وجه الخصم والافراد ، بل يظل النزاع محصوراً في حدود أحكام القانون ، وإن جاوز هذه الحدود إلى ذلك النطاق استكالا للدليل . ولله القلة لا تعتبر اليمين المتممة حجة قاطعة ملزمة ، بل يكون للقاضي مطلق الخيار في الاعتداد بها أو التجاوز عنها . فله أن يقضى على أساس اليمين التي أدبت ، أو على أساس عناصر إثبات أخرى ، اجتمعت له قبل اداء هذه اليمين أو بعد أدائها . ( مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٤٦٢ ) .

لأن مع ذلك : استئناف مصر ٢٤ يونيو سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤١ .  
(١) أوبري ورو ١٢ فترة ٧٦٧ ص ٣٩٢ - ص ٣٩٣ - ومن باب أولى يجوز لخصم الآخر أن يثبت أمام محكمة الاستئناف كذب اليمين المتممة التي حلفها خصمه أمام المحكمة الابتدائية . ويلعب القضاة أوبري ورو إلى أنه لا يجوز لخصم الآخر إثبات ذلك إذا كان قد وافق في المحكمة الابتدائية على توجيه هذه اليمين المتممة إلى خصمه ، ويعتبر أنه قد وافق على توجيهها إذا حضر في جلسة الخلف ( أوبري ورو ١٢ فترة ٧٦٧ ص ٣٩٢ - ص ٣٩٣ - وانظر أيضاً بيدان ورو ٩ فترة ١٣٣٤ ص ٤٣١ ) . فلما في القانون الفرنسي ، أما في القانون المصري فيبدو أنه يجوز لخصم الآخر إثبات كذب اليمين المتممة التي حلفها خصمه ، حتى لو كان قد وافق على حلفها ، فليس ليمين المتممة معناها من الأثر الحاسم ما يقع من ذلك .

نفي ناقصة كما كانت ، بل إن الحرية لترداد في صحة ادعائه بعد أن نكل . من أجل ذلك يطلب أن يقضى ضده <sup>(١)</sup> .

ولكن ليس من المهم هنا أيضاً أن يقضى ضده . فقد تظهر بعد نكوله أدلة جديدة نكل أدلتها الناقصة ، فيقضى لصالحه بالرغم من النكل . بل قد لا تظهر أدلة جديدة ، ولكن القاضى يعيد النظر في الأدلة التي كان يحسبها ناقصة ، فيرجع عن رأيه ويقدر أنها أدلة كافية ، فيقضى هنا أيضاً لصالحه .

وإذا حكم القاضى ضد الخصم الذى نكل - كما هو الغالب - فقد يستأنف الخصم هذا الحكم . وعند ذلك يكون محكمة الاستئناف من الحرية في التصدير ما كان للمحكمة الابتدائية . فقد تقضى لصالحه بالرغم من نكوله . وقد توجه إليه اليمين المتممة مرة أخرى ، فيحلفها أو ينكل . وفي الحالتين لما حق التصدير على النحر الذى قلناه . وقد ترى محكمة الاستئناف أن توجه اليمين المتممة إلى الخصم الآخر ، ثم تقضى له أو عليه ، حلف أو نكل ، وفقاً لما تراه .

ونرى من ذلك أن للنكل عن اليمين المتممة كحلفها لا يبعد القاضى . فليست اليمين المتممة تخكبا كاثمين الحاسمة ، بل هي إجراء من إجراءات التحقيق ودليل إثبات تكبيل ذو قوة محدودة .

### ٣١٥ - الفروق الجوهرية بين اليمين الحاسمة واليمين التمهيدية :

وقد آن أن نلخص الفروق الجوهرية بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة . ومردها جميعاً يرجع إلى أن اليمين الحاسمة تخكيم بتقيد به الخصوم والقاضى ، أما اليمين المتممة فوسيلة تكبيلية من وسائل التحقيق والإثبات لا يتقيد بها أحد . وينتبه على هذا الأصل الفروق الجوهرية الآتية بين اليمينتين :

(أولاً) اليمين الحاسمة يوجهها الخصم تحت رقابة القاضى . أما اليمين المتممة فيوجهها القاضى وحده .

(ثانياً) لا يجوز للخصم الرجوع في اليمين الحاسمة بعد أن يقبلها الخصم

(١) ونرى أنه يجوز للقاضى ، بعد أن نكل الخصم الذى وجه إليه اليمين المتممة ، أن يوجهه إلى الخصم الآخر ، لا سيما بعد أن تفرزت أدلة هذا الخصم الأمر بتكوله بحسه .

الآخر . والقاضي أن يرجع عن توجيه اليمين للتممة في أي وقت بعد توجيهها .  
(ثالثاً) اليمين الحاسمة نتائجها محنة : يكسب من يحلفها ، ويخسر من  
ينكل عنها . أما اليمين التمهية فليست لها نتائج محنة ، ولا يفيد القاضي بموجبها  
حلفها الخصم أو نكل .

(رابعاً) اليمين الحاسمة يجوز ردها على الخصم الآخر . أما اليمين التمهية  
فلا ترد<sup>(١)</sup> .

### ٥ ٣ - صور خاصة من اليمين للتممة

(يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار ويمين التقويم)

٣١٦ - تقسيم لليمين المفردة : كل الذي قدمناه من الأحكام إنما هو  
عن اليمين التمهية الأصلية . فذلك أن اليمين التمهية صوراً أخرى خاصة ، يدخل  
فيها على الأحكام التي قدمناها كثير من التحوير .

ويمكن - للإيضاح - تقسيم اليمين للتممة إلى يمين متممة أصلية (serment  
supplétif, supplétoire) ويمين استيثاق ويمين استظهار (serment libératoire)  
ويمين تقويم (serment en plaid, ad litem, estimatoire) .

فاليمين التمهية الأصلية ، كاليمين الحاسمة ، تكون إما على واقعة شخصية  
وإما على عدم العلم . فإذا كانت على عدم العلم سميت يمين عدم العلم (serment  
de crédulité, de crédibilité) .

وكل من يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار يمين توجه في أحوال معينة ،  
على النحو الذي سنبيته ، على أن أحكام اليمين التمهية الأصلية لا تسرى  
على أي من هاتين اليمينين إلا بعد تحوير كبير . فتوجه اليمين هنا إجباري على  
القاضي ، وهو جوازي في اليمين التمهية الأصلية . والذي توجه إليه اليمين هنا

(١) بلانجيل ودوير وجايلوك ٧ ققرة ١٥٨٥ ص ١٠٥٨ - ص ١٠٥٩ - الموجز  
للراف ص ٩٩٦ .

هو أحد الخصمين بالذات يعينه القانون ، واليمين المثمة الأصلية توجه لأي من الخصمين . ولا يملك القاضي هنا إلا أن يقضى لمصلحة من حلف اليمين ، وهو لا يتقيد بذلك في اليمين المثمة الأصلية . وهذه القروق تقرب يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار من اليمين الحاسمة ، وتبعدهما عن اليمين المثمة<sup>(١)</sup> . ولكن مهمة كل من هاتين اليمينين هي التي تلحقها باليمين المثمة ، إذ هي إنعام دليل يراه القانون ناقصاً فبريد أن يستكمله بهذه اليمين .

ويمين التقويم يمين خاصة لا توجه إلا في تقويم شيء معين عند ما يستمعى تقويمه عن طريق آخر . وهي أيضاً تنحرف في أحكامها عن أحكام اليمين المثمة الأصلية في أنها لا توجه إلا إلى المدعى ، وفي أن موضوعها لا يكون إلا التقويم .

ونستعرض الآن هذه الصور الخاصة من اليمين المثمة : يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار ويمين التقويم<sup>(٢)</sup> .

٣١٧ - يمين الاستيثاق : هذه اليمين توجه في أحوال ثلاثة نص عليها القانون ، وفي بعضها تكون يميناً على علم العلم :

(أولاً) نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٨ من التفتين المدني على أنه « يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة<sup>(٣)</sup> أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين

(١) ويعتبر الأستاذ سليمان مرقس يمين الاستيثاق يميناً حاسمة (أصول الإثبات فقرة ١٤٤) .  
(٢) وهناك في الفقه الإسلامي يمين معة أخرى هي يمين المضي إذا لم يكن عنده إلا شاهد واحد ، فيقضى له بشأه ويمنه ، فتكون اليمين معة للشهادة . وهذا ما ذهب إليه مالك والشافعي وأحمد ، لما روي أنه حلف بسلام نفسي بشاهد ويمين . وخالف أبو حنيفة فلم يجز القضاء بشاهد ويمين (انظر في هذه المسألة البدائع ٦ ص ٢٢٥) . واليمين ، مع الشاغلين بالجواز ، تكل شهادة الشاهد ، والقضاء إنما يكون بالشاهد واليمين سماً . وقد جاء في هذا المعنى في حاشية الشرح على شرح التحرير : « وحل القضاء بالشاهد واليمين سماً ، أو بالشاهد فقط واليمين مؤكدة ، أو بالنكس : أقوال أصحها أولها . وتظهر فائدة الخلاف فيما لو رجع للشاهد : فصل الأول بمرم النصف ، وحل الثاني للكل ، وحل الثالث لا شيء » . ( حاشية الشرح على شرح التحرير ٢ ص ٥٠٢ ) .

(٣) والمخوق التي تقادم بسنة هي التي ذكرت في الفقرة الأولى من المادة ٣٧٨ ، وهذا نصها : « تقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية : (١) حقوق الجبار والمحتاج من أفيده وودعها »

ضلا . وحده اليمين يوجهها للقاضي من تلقاء نفسه . وتوجه إلى ورة المدين أو أوصيائهم ، إن كانوا قسراً ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بمحصل الوفاء (١) .

القانون هنا ، بعد أن جعل بعض الحقوق تتقدم بمدة قصيرة جداً هي سنة فقط ، وجعل من هذا التقدم قرينة على الوفاء ، أراد أن يعزز هذه القرينة - وقد اعتبرها دليلاً غير كامل - يبين معمة يخلفها المدين على واقعة شخصية له ، هي أدائه الدين ضلاً . فإذا كان قد مات ، حلفت الورثة ، أو أوصيائهم إن كانت للورثة قسراً ، يمين عدم العلم بأنهم لا يعلمون بوجود الدين ، أو يمين العلم بأنهم يعلمون بمحصل الوفاء . ونرى من ذلك أن يمين الاستيثاق تكون في بعض صورها يميناً على واقعة شخصية ، وفي صور أخرى يميناً على عدم العلم ، وتبقى في الحالتين يمين استيثاق . وقد رأينا كذلك فيما تقدم أن يمين عدم العلم لا يختص بيمين الاستيثاق ، بل هي قد تكون أيضاً في اليمين الخامسة وفي اليمين المتممة الأصلية . فلا يجوز إذن الخلط ما بين يمين عدم العلم ويمين الاستيثاق ، وقد سبق أن نبهنا إلى ذلك .

وخصائص يمين الاستيثاق في الحالة التي نحن بصدددها أنها يمين إجبارية ، لا بد للقاضي من أن يوجهها إلى المدين أو إلى ورثته . وتوجه إلى هؤلاء دون الدائن . وإذا حلفها من وجهت إليه كسب الدعوى حتماً . على أنها تبقى بعد كل ذلك في نظرنا يميناً متممة لا يميناً حاسمة . فهي تختلف اختلافاً جوهرياً عن اليمين الحاسمة في أنها ليست هي الدليل الوحيد في الدعوى ، بل هي دليل تكميلي يعزز الدليل الأصل ، وهو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء سنة على وجود الدين.

— لأشخاص لا يجبرون في هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم من أجر الإقامة وعن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عائلاتهم (ب) حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما تأكلوا به من توريدات .

(١) ويناقض هذا النص في التفتين المدعى السابق للمادتين ٢١٢ — ٢٧٦/٢١٣ — ٢٧٧ . وتنص المادة الأولى منها (٢٧٦/٢١٢) على أنه : « في حالة ما إذا كانت المدة المقررة لسقوط الحق ٣١٠ يوماً فاقط ، لا تبرأ ذمة من يدعى بالتخلص بمضي المدة إلا بعد حلفه اليمين على أنه لم يخلقه ما كان في ذمته » . وتنص المادة الثانية (٢٧٧/٢١٣) على ما يأتي : « هوأما الأربال والورثة والأوصياء فيخلصون بمظنهم أنهم لا يعلمون أن المدعى به مستحق » .

على أن هناك رأياً يلحظ إلى أن اليمين هنا يمين حاسمة إجبارية بوجهها للقاضي من تلقاء نفسه في حق تقادم مدة قصيرة . والتقدم يقوم على أساس قرينة الوفاء ، فهي قرينة قانونية قاطعة لا يجوز حذفها إلا بالإقرار أو بالنكول عن هذه اليمين . وسنعود إلى هذا الرأي عند الكلام في القرائن القانونية القاطعة .

(ثانياً) نصت المادة ٢٠١/١٩٤ من القانون التجاري على أن الأوراق المبررة لأعمال تجارية يسقط الحق في إقامة الدعوى بها بمضى خمس سنوات . وإنما على المدعى عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلفهم اليمين على أنه لم يكن في ذمتهم شيء من الدين إذا دعوا للحلف . وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا أيضاً على أنهم معظنون حقيقة أنه لم يبق شيء مستحق من الدين .

فهذا النص أيضاً كالنص السابق يجعل بعض الحقوق التجارية تتقادم مدة قصيرة هي خمس سنوات . وقد جعل القانون من هذا التقدم قرينة على الوفاء . ولكنه اعتبر هذه القرينة دليلاً غير كامل ، فرأى أن يميزها ، إذا طلب الدائن ذلك ، يمين متممة يحلفها المدين على أن ليس في ذمته شيء من الدين ، أو يحلفها ورثته ، وهنا يحلفون على أكثر من عدم العلم ، إذ يحلفون على أنهم معظنون حقيقة أنه لم يبق شيء مستحق من الدين .

وبمين الاستيثاق هذه ليست بإجبارية ، ولكن طلبها موكول إلى الدائن لا إلى القاضي . وتوجه إلى المدين أو ورثته دون الدائن . وإذا حلفها من وجهت إليه كسب الدعوى حتى<sup>(١)</sup> . ولكنها مع ذلك يمين متممة ، لأنها دليل تكميلي

---

(١) فالدائن وحده هو الذي يطلب توجيهها إذا أراد ذلك ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ولا تحكم المحكمة أن توجهها من تلقاء نفسها ، فإذا نكل المدين عنها غسر دعواه حتى ، وإذا حلفها تبين قبول دعواه . ومن ثم ورد في كثير من الأحكام أنها يمين حاسمة . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن اليمين المبينة في المادة ١٩٤ من القانون التجاري هي يمين حاسمة يجب أن توجه من الخصم إلى الدائن لتأييد القرينة القانونية وهي حصول الوفاء المستند من مضي خمس سنين على اليوم لتتال الحلول مباد دفع الأوراق التجارية الموضوعة بها ، فلذا نكل المدين عن الحلف سقطت هذه القرينة ، إذ معنى النكول في هذه الحالة عدم قيام المدين بالوفاء (٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٢٣٨ ص ١٧٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا تصكك المدين بالتقدم ، فلدائن أن يوجه له يمين الاستيثاق ليسلف أنه لم يكن في ذمته شيء من الدين ، ولو كان ذلك أمام محكمة الاستئناف لأول مرة ، وليس على المحكمة أن تطلب الدائن إلى ذلك مجال من الأحوال (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المبيعة الفرنسية ٢٧ رقم ١٦) . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن ليس =

يجوز دليلاً أصلياً في الدعوى ، هو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء خمس سنوات على وجود الدين (١) .

(ثالثاً) نصت المادة ٣٩٤ من القانون المدني على أن «تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقعها ، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ، ويمكن أن يخلف بميثاقه بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق » .

وهذا النص يختلف عن سابقه . فهو يتكلم عن يمين تتمحض في أنها يمين على علم العلم . ثم إنها لا تعزز دليلاً أصلياً في الإثبات ، بل هي تساعد الورقة على إتخاذ موقف المنكر للورقة العرفية . فهي لا تثبت شيئاً ، ولكنها تنشئ موقفاً . بيد أنها على كل حال يمين متممة من نوع خاص ، إذ يستكمل بها من حفظها الشروط

---

« المحكمة أن تكلف الدين من تلقاء نفسها حلف يمين الاستيثاق المشار إليها في المادة ١٩٤ من القانون التجاري ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب الدائن ، لأن هذه اليمين يمين خاصة (١٥ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٥٠ ص ٧٦ . انظر أيضاً : أطلس ٧ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٥٥٢ ص ٧٤٨) .

(١) فائدة : سكا محكمة النقض ذكر أن هذه اليمين إنما شرعت لتكفل القرينة القانونية على حصول الوفاء ، ولكنه أضاف عليها بعد ذلك خصائص اليمين الخاصة . وهذا ما قرره المحكم المشار إليه : إن حلف اليمين بالتعاضل تطبيقاً لقاعدة ١٩٤ من القانون التجاري إنما فرع لمصلحة الدائن في الورقة لتكفل القرينة القانونية على حصول الوفاء المسند من بعض خمس سنوات على اليوم التالى لحلول ميعاد دفع الأوراق التجارية . فإذا تكلم الدائن عن الخلف ، سقطت هذه القرينة . وإذا فالدائن هو الذى يوجه هذه اليمين أو لا يوجهها حسب مشيئة ، وليس للمحكمة من تلقاء نفسها أن توجهها . فإذا وجهها وركن بذلك إلى قلة مدية ، فقبل هذا القرار وحلف ، فإن المحكمة تكون ملزمة بأن تقضى في الدعوى على مقتضى الخلف . ولا يجوز للدائن بعد ذلك أن يجهد النزاع ارتكافاً على أدلة أخرى لإثبات حقه أو لإثبات كذب اليمين ، لأن سلوكه هذا الطريق الذى اختاره من طرق الإثبات وقبول خصمه ما عرضه عليه إنما هو بمثابة صلح انقضى بين الطرفين على أن تكون دعوى الدائن مطلقاً مصيرها على اليمين المبرومة على الدائن وذلك في مقابل تناوله من كل دليل آخر يكون لديه . ومن ثم فلا يقبل من الدائن دعواه التى يرفضها سواء لإثبات كذب اليمين أو لطالبة بصويض من الخلف فيها ، ولو كانت الدعوى البسوية لا ترفع من الدائن الملق إلا إذا كانت دعواه المدنية مقبولة فإن الدعوى المباشرة التى يرفضها الدائن لسقطت بصويض من الكذب في اليمين المذكورة لا تكون مقبولة (نقض جنيف ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٦١ ص ٤٧٦) .

القانونية اللازمة للدفع حجة الورقة العرفية في الإثبات . ومن هذه الحاجة وحدها يمكن اعتبارها ، في كثير من التجوز ، يمين استيثاق<sup>(١)</sup> .

### ٣١٨ - يمين الاستظهار : هذه اليمين لا وجود لها في التقنين المدني

المصري ، ومن ثم لا تطبق أحكامها عندنا . وهي موجودة في التقنين المدني العراقي ، أخذها عن الفقه الإسلامي<sup>(٢)</sup> . فقد نصت المادة ٤٨٤ من هذا التقنين على ما يأتي :

(١) قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٤٤ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٤ .  
(٢) جاء في شرح التحرير لشيخ الإسلام ذكرها الأنصاري من بين الاستظهار ما يأتي :  
« واهمين مع الشاهدين ، وتقع في فرد أي دعوى رد المقرى للميع بهب ، ودعوى الزوجة البتة على الزوج ، ودعوى الجراحة في ضرر باطن آدمي الجراح أنه غير سليم ، ودعوى الإضرار أي إضرار نفسه إذا حده له مال ، ودعوى على القالب ، وعلى الميت ونحوهما ، وفيها إذا قلل تزوجه أنت طالق أسس ثم قلل أردت أنها طالق من غيري . فيقيم في هذه الصور البينة بما أمدها ، ويغلف معها طلباً للاستظهار . والمراد بالمطوف عليه في الأول قدم اليه ، وفي الثانية عدم الطرد ، وفي الثالثة السلامة . وفي الأخيرة إرادة طلاق غيره » . ( حاشية الشرفاوي على شرح التحرير ص ٢ - ٤٧٥ - ص ٤٧٦ ) .

ولست المادة ١٧٤٦ من مجلة حل بين الاستظهار على الوجه الآتي : « لا يطلب إلا طلب الخصم . ولكن يطلب من قبل الحاكم في أربعة مواضع بلا طلب . الأول إذا ادعى واحد على آخر حقا وأكده ، فيطلبه الحاكم بأنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه من الوجوه ولا أبراه منه ولا أحاله به على غيره ولا أوفاه أحد وليس الميت بهذا الحق ومن ، ويقال للمال بين الاستظهار . الثاني إذا استحق رجل مالا وأثبت دعواه ، حظه الحاكم بأنه لم يبع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه . الثالث إذا أراد المقرى رد الميع لم يبعه ، حظه الحاكم بأنه بعد اطلاع على اليه لم يرض به قولاً أو دلالة كصرفه تصرف الملاك على ما ذكر في مادة ٣٤٤ . الرابع تحليف الحاكم للفقير عنه الحكم بالشفعة بأنه لم يطل شفعة ، متى لم يسقط حق شفعة بوجه من الوجوه » . ويشيف الأستاذ سليم باقر في شرح هذه المادة ما يأتي : « ويستحلف أيضاً بلا طلب الخصم في مسألة خاصة ، وهي إذا طلت المرأة فرض انفقة على زوجها القالب ، تستحلف أنه لم يطلقها زوجها ولم يتركها حاشياً ولا أطاعها النفقة ، وهذا على قول أبي يوسف المتي به ( تكلة عن البسر ) » ( شرح المجلة سليم باقر ص ١٠٩٩ - ص ١١٠١ ) .

ويقول فرانسوا مارنييه (François Marneir) ، في رسالته « نظرية الإثبات في الفقهية الإسلامية » باريس سنة ١٩١٠ ص ٢٥٥ - ص ٢٥٦ : « أن المدي ، في الحالات القديمة الذكر ، قد أثبت حقه بالينة . ولما كانت هناك شبهة في أن هذا الحق قد وفاه للمدين ، فإن المدين يتخلف مدعى عليه في هذا الدفع بالوفاء . وليست هناك بينة على صحة الدفع ، فوجب أن يحلف للمدي عليه في الدفع — وكان مدعياً في دعوى الحق — اليمين على أن فية المدين لم تبرا . فاليمين إنما يطلبه ، هنا أيضاً ، المدي عليه ، وإن كان مدعياً في الظاهر » .



وتختلف المحكمة من تلقاء نفسها في الأحوال الآتية : ١ - إذا ادعى أحد في التركة حقاً وأثبت ، فتحلفه المحكمة يمين الاستظهار على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بشيئه من الميت بوجه ، ولا أبراه ، ولا أحالة على غيره ، ولا استوفى دينه من الغير ، وليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن . ب - إذا استحق أحد المال وأثبت دعواه ، حلفته المحكمة على أنه لم يبيع هذا المال ، ولم يهبه لأحد ، ولم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه . ج - إذا أراد المشتري رد المبيع لعب ، حلفته المحكمة على أنه لم يرض بالمبيع صراحة أو دلالة . ثم نقل قانون الشفيع بالشفعة حلفته المحكمة بأنه لم يسقط حق شفيعته بوجه من الوجوه .

وهذه الحقوق المذكورة في النص تجتمع في أنها تنطوي على شيء من الخفاء فمن يدعى في التركة حقاً ، ومعه الدليل الذي يثبت هذا الحق ، لا يواجه خصمه الحقيقي ، وهو الميت ، ليئبدى هذا ما عنده من دفع لهذا الحق . والورثة قد يجهلون هذه الدفع أو يجهلون بعضها . لذلك عندما يقيم المدعي الدليل على حقه في التركة ، يعتبر القانون هذا الدليل غير كامل ، ويوجب تعزيزه بيمين متومة ، هي يمين الاستظهار ، على أن المدعي لم يستوف حقه بأية صورة من الصور . والمستحق للمال إنما قدم دليلاً نسبياً على الملك . فينبى أن يعزز هذا الدليل بيمين متومة ، هي يمين الاستظهار ، على أن المال لم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه . والمشتري الذي رد المبيع لعب ، ويقدم الدليل على هذا المبيع ، يحتمل أن يكون قد رضى به . فعليه أن يعزز دليله بيمين متومة ، هي يمين الاستظهار ، على أنه لم يرض بالمبيع صراحة أو دلالة . والشفيع عندما يطالب بالشفعة يحتمل أن يكون قد أسقط شفيعته فعليه أن يعزز مطالبته بيمين متومة ، هي يمين الاستظهار ، على أنه لم يسقط حق شفيعته بحال من الأحوال . فيمين الاستظهار في الأحوال المنصوص عليها إنما هي ، كما زامها ، يمين متومة . ولكنها يمين متومة لما خصائص يمين الاستيثاق : فهي يمين إجبارية ، يوجهها القاضى إلى خصم بالذات يمينه القانون ، وإذا حلفها الخصم كسب حقاً دعواه .

٣١٩ - يمين التفويم - النصوى القانونى : تنص المادة ١٧

( ٢٨ مرسوم - ٢٥ )

من التفتين للمدني على ما يأتي :

١ - لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعي به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى .

٢ - ويجدد القاضي ، حتى في هذه الحالة ، حداً أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعي بيمينه (١) .

وهذا نص استحدثه التفتين المدني الجديد . ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ١٢٢ ، وفي التفتين المدني العراقي المادة ٤٨٣ ، وفي تفتين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٤٥ ، وفي التفتين المدني الليبي المادة ٤٠٦ (٢) . ويقابل في التفتين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٩ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٥ من المشروع انتهى على الوجه الآتي :  
١٥ - لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعي به إلا إذا تلمز تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى . ٢ - ويجدد القاضي ، حتى في هذه الحالة ، حداً أقصى للقيمة التي يصدق عليها المدعي . وفي لجنة المراجعة حذر النص تحويلاً للخطأ ، فأصبح مطابقاً لما اطرط عليه في التفتين الجديد ، وصار له ٤٣٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فطبقت على المشروع تحت رقم ٤١٧ ، لمجلس المشروع (مجلة الأعمال التشريعية ٢ ص ٤٦٥ - ص ٤٦٦) .

(٢) التفتينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١٢٢ : مطابقة لنص التفتين المصري .

التفتين المدني العراقي م ٤٨٣ : مطابقة لنص التفتين المصري .

تفتين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٤٥ : لا يجوز للقاضي أن يستعمل المدعي مباشرة على قيمة الشيء المطلوب إلا إذا استحال إثباتها بطريقة أخرى . ويجب على القاضي أيضاً في هذه الحالة أن يبين الحد الأقصى للبلغ الذي يصدق عليه المدعي بيمينه . (والحكم واحد في التفتين اللبناني والمصري) .

التفتين المدني للمملكة المغربية المصحح م ٤٠٦ : مطابقة لنص التفتين المصري .

(٣) التفتين المدني الفرنسي م ١٣٦٩ : لا يوجه القاضي اليمين إلى المدعي على قيمة الشيء المطلوب إلا إذا استحال تقديرها بطريق آخر . وحتى في هذه الحالة يبين القاضي حداً أقصى للبلغ الذي يصدق فيه المدعي بيمينه .

Art. 1369 : Le serment sur la valeur de la chose demandée, ne peut être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur. Le juge doit même, en ce cas, déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur sera cru sur son serment.

وموضوع بين التقرير هو ، كما زى من النص ، تقدير قيمة شيء واجب الرد وقدر رده ، فيقضى بقيته . مثل ذلك ودعوى أو عارية هلكت بعد ، فيقضى بقيتها للمودع أو المبر . ومثل ذلك أيضاً بيع أو إيجار فسخ ، وتطير رد المبيع أو العين للزوجة بتقصير من المشتري أو المستأجر ، فيقضى بالقيمة للبائع أو المؤجر<sup>(١)</sup> . ولكن هذه القيمة استحالة تقديرها بأى طريق - ولو بطريق الخبراء على أساس تعيينها بالوصف - فلم يعد مناص من الرجوع في قيمتها إلى المدعى ، فيوجه إليه القاضي بين التقرير . ومن هنا زى أن النقص الذى توجه إليه هذه العين المتممة هو دائماً المدعى الذى يطالب باسترداد الشيء<sup>(٢)</sup> ، دون للمدعى عليه المطلوب منه الرد . ثم أن موضوع العين هو دائماً المبلغ الذى يقدر به المدعى قيمة الشيء المطلوب رده ، على ألا يجاوز هذا المبلغ حداً أقصى يمينه القاضي بحسب تقديره وفقاً لما يستلخصه من ظروف الدعوى<sup>(٣)</sup> . ولدى هاتين الحقيقتين تختلف أحكام بين التقرير عن أحكام اليمين المتممة الأصلية .

(١) ويأتى كولان وكايتيان بمثل ذلك : يفقد شخص سحبه أثناء نقلها بالسكة للخدمة خطأ من الشركة ، فيحلف بين التقرير على قيمة ما كانت هذه الحقيبة تفصل عليه من طاح (كولان وكايتيان ومورانديير ٢ فقرة ٨٢١) .

(٢) بلانيسول وديير وجابوله ٥ فقرة ١٥٨٦ ص ١٠٦٠ - بومدى وهارد ١ فقرة ٢٧٨٢ - بيدان ورو ٩ فقرة ١٣٣٥ ص ٤٢٢ - ويجوز توجيه اليمين إلى نائب المدعى أو واوله إذا كان حلالاً بقيمة الشيء المدعى به (أنسيكلويدى فالروز في القانون المدنى ٤ لفظ *Preuve* فقرة ١٢٤١ - فقرة ١٢٤٢) .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتى : هو تركب بين التقرير على تحديد قيمة الشيء المدعى به . فهو يفترض أن الوفاء بالشيء حين قد استحالة وإلا كان التقرير حديم الجدوى ، ولذلك لا توجه هذه اليمين إلا للمدعى . وقد تشكلت نصيصين الشروط الواجب توافرها لقبول بين التقرير ، فاشتراط أولاً أن يكون تحديد القيمة بطريقة أخرى مصلداً ، واشتراط كذلك أن يمين القاضي حداً أقصى لقيمة الشيء يحلف عليها المدعى . ومرة هذا التفتيد أن القاضي يركز إلى ذمة المدعى لتقديره قيمة مصالحه الذاتية ، ( مجموعة الأعمال المختصرة ٣ ص ٤٦٥ - ص ٤٦٦) .

ويقرر القديمان أوبرى ورو أن القاضي لا يعتبر إلا قيمة الشيء الحقيقية لالته الثانية بالقيمة إلى المدعى ، ويدخل في هذا الاعتبار ما أصاب المدعى من ضرر من جراء تقويت الفكرة عليه في استرداد الشيء حين (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٨ ص ٣٩٥) . ويجوز لقاضي ، في تقديره لهذه الأذى الذى يمينه المدعى الحلف عليه ، أن يلجأ إلى الشهادة بالتنازع (*nonomus nonomus*) (بومدى وهارد ٤ فقرة ٢٧٨٠ مكررة - ديبرلوب ٣٠ فقرة ٧٢٨ - لوراند ٢٠ فقرة ٢٠٢) .

ولكن أحكام هذه الميّن تفتى مع أحكام الميّن الخمسة الأصلية في أنها لا يجوز ردها على الخصم الآخر ، وفي أن القاضى لا يتقيد بموجبها . فلقاضى أن يحكم بأقل من المبلغ الذى حلف عليه الخصم أو بأكثر ، لا سيما إذا قدم أحد المتخاصمين بهذا الحلف عناصر جديدة يستطيع القاضى أن يستلهم بها في تقدير قيمة الشيء . كذلك المحكمة الاستئنافية أن تقص أو تزيد في المبلغ الذى قضت به المحكمة الابتدائية (١) .

ولما كان الخصم مستحقاً كما قلنا ، فلا يكون له أن يرجع ، وهو لا يسرى بما له من خصائص يختلف فيها عن الميّن الخمسة الأصلية ، إلا من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، عن التزامات بالرد نشأت منذ هذا التاريخ .

---

(١) لوبرى دور ١٢ فقرة ٧٦٨ من ٢٩٥ — بلاتورل وديير وجاهول ٧ فقرة ١٥٨٦ من ١٠٩٠ — بودى وهارد ٤ فقرة ٢٧٨١ .  
وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : «أما فيما يتعلق بالحجية لميّن القسوم والميّن الخمسة بمنزلة سواء . فميّن القسوم لا تقيد لقاضى ، فله أن يقضى بمبلغ أقل من المبلغ المطروح عليه إذا أئس مبالغته في تقدير هذا المبلغ » . (مجوعة الأعمال القضائية ٢ من ٤٩٦) .

## الفصل الثالث

### القرائن القانونية وحجية الأمر المقضي

٣٢٠ - موضوعنا للبحث : عرض الفصل الثالث في الإثبات ، من الضئيل المدنى ، القرائن . فتناول القرائن القانونية ، وذكر من بينها حجية الأمر المقضى وارتباط القاضى للمدنى بالحكم الجنائى . ثم تناول القرائن القضائية . ولما كنا قد فرغنا من الكلام فى القرائن القضائية فيما تقدم ، وتناولنا موضوع ارتباط القاضى المدنى بالحكم الجنائى فى الجزء الأول من هذا الكتاب<sup>(١)</sup> ، فلا يبقى للبحث إلا موضوعان :

(١) القرائن القانونية .

(٢) حجية الأمر المقضى ، وهى قرينة من أبرز القرائن القانونية . وتتناول كلاما من هذين الموضوعين .

## الفرع الاول

### القرائن القانونية

٣٢١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠٤ من الضئيل المدنى على ما يأتى :

« القرينة القانونية تعنى من تفررت لمصلحتها عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات . على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك<sup>(٢)</sup> . »

(١) المتوسط جزء أول فقرة ٦٢١ - فقرة ٦٢٤ .

(٢) تاريخ النص : وزد هذا النص فى المادة ٤١٢ من المشروع المعدل على وجه مطابق . وآخره لجنة المراجعة فأصبح المادة ٤١٧ من المشروع قبالاً . وللإطلاع على التواب ، فليج ٥

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . حل أن الأحكام تكاد تكون واحدة في القانونين القديم والجديد ، إلا أن التقنين الجديد حسم الأمر في خصوص القرينة القاطعة أو المطلقة ، قرر ، كما نرى ، أن القرينة لا تكون قاطعة إلا بنص القانون ، أي إلا إذا نص القانون على أنها لا تقبل التفتيش .

ويقابل النص في التقنينات العربية الأخرى : في قانون البيئات السوري المادة ٨٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٠٢ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادتين ٣٠٣ و ٣٠٦ ، وفي التقنين الليبي المادة ٣٩٢<sup>(١)</sup> .  
ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادتين ١٣٥٠ و ١٣٥٢<sup>(٢)</sup> .

---

مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٤ ، مجلس الشيوخ (مجلة الأعمال التشريعية ٣ ص ٤١٦ و ص ٤١٩) .

(انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التشريع في مجلد الأعمال التشريعية ٣ ص ٤١٦ - ص ٤١٧) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البيئات السوري م ٨٩ : مطابقة لنص التقنين المصري .

التقنين المدني العراقي م ٥٠٢ : مطابقة لنص التقنين المصري .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٣٠٣ : يرد بالقدر القانونية القرينة التي يملأها القانون حل بعض الأعمال والوقائع : (أولاً) الأعمال التي يصرح القانون بطلانها بتقدير أنها أجريت علناً لأحكامه وبالنظر إلى صحتها فقط . (ثانياً) الأعمال التي يصرح القانون في شأنها بأن حل الملكية وإبراء القلة ناتج عن بعض ظروف معينة . (ثالثاً) القوة التي يمنحها القانون للقضية المحكمة - م ٣٠٦ : إن القرينة القانونية تفي من تقوم في مصلحة من كل بيئة . لا تقبل أية بيئة ضد القرينة القانونية عندما يستند القانون إلى هذه القرينة في إبطال بعض الأعمال أو منع بعضها ، إلا إذا كان القانون قد احتفظ بقبول البيئة حل العكس أو إذا نصت هذه البيئة من إقرار أو بين نصائين في جميع الأحوال التي لا تخص بالنظام العام .

(والتقنين اللبناني يكاد يطابق في نصوصه في هذه المسألة التقنين الفرنسي كما سيأتي . ويغرب على كل حال من أحكام التقنين المصري . ويلاحظ أن التقنين اللبناني أورد في المواد التالية - م ٣٠٧ - ٣٠٩ - القاعدة التي تنص بأن الحيازة في المنقول منه الملكية حل أساس أن الحيازة هنا قرينة قانونية قاطعة) .

التقنين المدني للملكية البنية المتحدة م ٣٩٢ : مطابقة لنص التقنين المصري .

(٢) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٥٠ : تقرينة القانونية هي التي يملأها نص القانون لتسقط بصرفات أو وقائع معينة . من ذلك : (١) التصرفات التي يقرر القانون أنها باطلة ، عندما أنها أبرمت للاستحلال حل أحكامه ، وذلك نظراً لصدورها وحدها . (٢) الأحوال التي يقرر فيها -

وتتكمّل في مسائلين : (١) وكن القرينة القانونية والمهمة التي تقوم بها هذه القرينة (٢) حجية القرينة القانونية في الإثبات .

## المبحث الأول

ركن القرينة القانونية والمهمة التي تقوم بها هذه القرينة

٣٢٢ - ركن القرينة القانونية هو نص القانون - القرينة

القانونية والقرينة القضائية : قلنا ، عند الكلام في القرائن القضائية ، أن للقرينة القضائية عنصرين : (١) واقعة ثابتة يختارها القاضي وتسمى علامة أو أمانة (indice) (٢) وعملية استنباط يقوم بها القاضي ليصل من هذه الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها . وقلنا إن هذين العنصرين هما من عمل القاضي : الواقعة الثابتة هو الذي يختارها ، وعملية الاستنباط هو الذي يجريها . وللقاضي سلطة واسعة في كل ذلك .

- القانون أن كسب الملكية أو براءة اللمة تنتج من بعض ظروف معينة . (٣) الحجة التي يرتجى القانون حل الأمر المقتضى . (٤) القوة التي يسلها القانون لإقرار الخصم أو إيمته - م ١٣٠٢ : القرينة القانونية تنفي من تقررت لمصلحة من أي دليل . ولا يجوز إثبات ما ينقض القرينة القانونية إذا كان القانون يبطل حل أساسها ببعض التصرفات أو يجعل الدعوى غير مقبولة . هذا ما لم يحفظ القانون الحق في إقامة الدليل المكس ، وذلك مع عدم الإخلال بما يستتقر في خصوص الميزان والإقرار القضائيين .

Art. 1350 : La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; tels sont : 1° Les actes que la loi déclare seuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité. 2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées. 3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée. 4° La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment.

Art. 1352 : La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque sur le fondement de cette présomption, elle annule certaines actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires.

لما القرينة القانونية فعل العكس من ذلك لا عمل فيها للقاضي، بل إن العمل كله للقانون، ففكرن القرينة القانونية هو نص القانون وحده. فهو الذي يختار العنصر الأول، أي الواقعة الثابتة. وهو الذي يجري عملية الاستنباط فيقول: ما دامت هذه الواقعة قد ثبتت، فإن واقعة أخرى معينة تثبت بثبوتها. مثل ذلك ما تنص عليه المادة ٩١ من القانون المدني من أن وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه هذا التعبير قرينة على علمه به. فالواقعة التي ثبتت هي وصول التعبير عن الإرادة. ويستنبط منها القانون واقعة أخرى، هي العلم بهذا التعبير، يجتبرها القانون هي أيضاً ثابتة. وقس على ذلك القرائن القانونية التي أفلحها القنطين المدني في المادتين ٢٣٨ و٢٣٩ وغيرهما من النصوص.

فنصير القرينة القانونية إذن هو نص القانون، ولا شيء غير ذلك. ولا يمكن أن تقوم قرينة قانونية بغير نص من القانون. وإذا وجد النص، فقامت القرينة القانونية، فانه لا يمكن أن يقاس عليها قرينة قانونية أخرى بغير نص، اعتياداً على الماثلة أو الأولوية. بل لابد من نص خاص أو مجموع من النصوص لكل قرينة قانونية<sup>(١)</sup>.

ولاسطة للقاضي في القرينة القانونية كما قلنا. ويغلب أن تكون القرينة

(١) بروليه فقرة ٨٢٧ - ديولوب ٣٠ فقرة ٢٥٢ - بوعدي وبارد ٤ فقرة ٢٦٥٢ - بلانول وديسير وجابوله ٧ فقرة ١٥٤٨ ص ١٠١١ وحاشي رقم ٣ - عل أن القضاء، في فرنسا وفي مصر، لا يقبله بجرية هذه المساعدة. فقد يصير قرينة قانونية، وضعت في مكان معين، لمكان آخر، وقد فعل ذلك عندما القرض قيام حسن ائنة دائماً مع أن المشرع لم يفرض حسن ائنة إلا في مواضع معينة. ويفترض القضاء، في بعض الأحيان، وجود بعض العناصر التي تقوم عليها القرينة القانونية. فعل القضاء الفرنسي ذلك في قرينة تسليم البند إلى المدين، يفترض أن هذا التسليم اعترافاً. وفعل كل من القضاء الفرنسي والمصري ذلك في قرينة التسوية من قبل الحيوان والأشياء، يفترض أن الضرر قد حدث بفعل الحيوان أو الشيء. (انظر بيمان وبيرو ٩ فقرة ١٢٩٢). ويقول جيني في هذا الصدد أن القرائن القانونية في أصلها قد ثبتت في تربة العرف والقضاء، وتحولت لتكون قرائن قانونية. فلا يجب إلّا هي بقيت تسند ظاهراً من تربة الأصلية، وهي تربة قوية محبة (جيني في العلم والمصانعة في القانون الخامس ٢ فقرة ٢٣٥).

هذا ويؤثر الجاهل في نصوص الفقه الإسلامي على طائفة من القرائن القرينة تسند القرائن القانونية، وهي مشفرة في كتب الفقه. وقد جمع منها الأستاذ أحمد إبراهيم في كتابه «طريق القضاء في القرينة الإسلامية ص ١٢٧» - ص ١٣٠ مجلة صالحة، منها: -



القانونية في الأصل قرينة قضائية ، انزعها القانون لحسابه ، فنص عليه ، وحدد مداها ، ونظم حجيها ، ولم يدع للقاضي فيها عملاً <sup>(١)</sup> . فالحقيقة القضائية هنا هي من عمل القانون وحده ، يفرضها على القاضي وعلى الخصوم . وذلك على خلاف الحقيقة القضائية المستمدة من القرينة القضائية ، فهي من عمل القاضي <sup>(٢)</sup> .

ومن هنا تتبين خطورة القرائن القانونية . فهي ، وإن كانت تقام على فكرة ما هو راجح الوقوع (idées de probabilité) ، يقيّمها القانون مقدماً ، ويصممها ، دون أن تكون أمامه الحالة بالذات التي تطبق فيها كما هو الأمر في القرائن القضائية . ومن ثم تختلف حالات - تتفاوت قلة وكثرة - لا تستقيم فيها القرينة القانونية <sup>(٣)</sup> .

- ١- ثبتت نسب الولد من أبيه وهو الزوج شرعاً ، فالولد للزواج ، ويقام الزوجية قرينة على أن الولد من الزوج . وهذه القرينة تقبل إثبات العكس ، ولكن بطريق خاص هو طريق الحان .
- ٢- الحكم بموت المفقود إذا مات أثره ، واتخاذ ذلك قرينة على موته .
- ٣- التصرف في مرض الموت قرينة على أن التصرف وصية .
- ٤- تصرفات المفلس الضارة بال دائنين مردودة لقيام القرينة على سوء قصد .
- ٥- وجود سنة التبن تحت يد المدّين قرينة ظاهرة على إيفاء الدين . وقد نص على ذلك ابن فرحون في باب القرائن ، وحكى خلافاً في المسألة .
- (١) وقد قلنا أن القرينة القانونية لم تكن في الأصل إلا قرينة قضائية ، صمّمها القانون به أن نظماً (بارتان على أوبري ودو ١٢ فقرة ٧٥٠ حاشي رقم ١ مكرر) ، بل هناك من القرائن القانونية ما نزل من مرتبته وعاد إلى ما كان عليه قرينة قضائية .
- (٢) ويرتب بارتان على ذلك نتيجة عامة في قواعد الإسناد وتتأرجح للقوانين . فالقرينة القانونية تصل بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ، ومن ثم تختص لقانون الموضوع . أما القرينة القضائية فهي من عمل القاضي كما قلنا ، ولذلك تختص لقانون القاضي ( بارتان على أوبري ودو ١٢ فقرة ٧٥٠ حاشي رقم ١ مكرر) . كذلك إذا أنشأ القانون قرينة قانونية جديدة ، فلا يكون لها أثر رجعي ، إذ هي تصل بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ، فهي ككل القواعد الموضوعية لا يجوز أن يكون لها أثر رجعي إلا ينص خاص يقضي بذلك (جني : العلم والقسافة في القانون الخاص ٢ ص ٣٢٢ - ص ٣٢٤) .

(٣) بلانول وديريو وجابولك ٧ فقرة ١٥٤٨ ص ١٠١٠ .

ويطرح جني مقارنة شديدة بين القرينة القانونية والحيلة في القانون (Actions) . فالقرينة القانونية قاعدة من قواعد الإثبات تقبل في العادة إثبات العكس . ويجعلها القانون في بعض الأحوال لا تقبل إثبات العكس ، بل يقلبها في أسوأ من قاعدة إثبات إلى قاعدة موضوعية تصبح هي أبداً غير قابلة لإثبات العكس . ولكنها في كل هذه الأحوال تبقى قائمة على فكرتها

٣٣٣- صراحة القرينة القانونية هي الدفعة من الإثبات : وتختلف القرينة القضائية عن القرينة القانونية في أن الأولى تعتبر دليلاً إيجابياً في الإثبات ، وإن كانت دليلاً غير مباشر . هي أولاً دليل إيجابي : لأن الخصم يتوصل بها إلى إثبات دعواه ، وعليه هو أن يستجمع عناصرها ويثبت ثباتها ويتقدم إلى القاضي باستنباط الواقعة المراد استخلاصها منها ، والقاضي بعد حرق مسابقة الخصم ، فقد يثبت الواقعة التي هي أساس القرينة وقد لا يثبت ، وقد يقر استنباط الخصم وقد لا يقر ، ولكنه على كل حال ليس ملزماً أن يستجمع هو بنفسه القرائن وأن يستخلص منها دلالتها ، بل على الخصم يقع عبء تقديم القرينة ، وإن كان للقاضي أن يأخذ من تلقاء نفسه بقرينة في الدعوى لم يتقدم بها الخصم . والقرينة القضائية ثانياً دليل غير مباشر : لأن الواقعة الثابتة ليست هي نفس الواقعة المراد اثباتها ، بل واقعة أخرى قريبة منها ومتعلقة بها ، بحيث إن ثبوت الواقعة الأولى على هذا النحو المباشر يعتبر اثباتاً للواقعة الثانية على نحو غير مباشر .

أما القرينة القانونية فهي ليست دليلاً للإثبات ، بل هي إخفاء منه (*dispense de preuve*) . فالخصم الذي تقوم لمصلحته قرينة قانونية يسقط عن كاهله عبء الإثبات ، إذ القاصون هو الذي تكفل باعتبار الواقعة المراد اثباتها

= الرأى الغالب المتوقع (*idée de probabilité*) . أما المحلة فتختلف عن القرينة في أنها لا أساس لها من الواقع ، بل هي من خلق المشرع ، فرضها فرضاً حتمياً ، فاستعنت طبيعتها بمادة على قول إثبات العكس . فهي أقوى من القرينة القانونية ، ولكنها أشد خطراً . ومن ثم لا يلجأ إليها المشرع إلا حيث تقتضي القرينة القانونية . ويأتى حتى بأشقة على ما تقدم : حجة الأمر القضي قامت على قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس ، بل هي في الواقع قد تحولت إلى قاعدة موضوعية ، ولكنها بقيت قائمة على فكرة الرأى الغالب المتوقع . كذلك مسؤولة رب العمل من سلامة العمال ، وهي قائمة على تحمل النتيجة ، خرجت من أن تكون قرينة إلى أن تكون قاعدة موضوعية ، ولكنها هي أيضاً بقيت قائمة على فكرة الرأى الغالب المتوقع . أما القاعدة التي تقضى بأنه لا يفترض الجاهل بالقانون (*qui n'est censé ignorer la loi*) ، فهي قاعدة لا تقوم على الرأى الغالب المتوقع ، بل تقوم على المحلة (*fiction*) ، إذ يفرض المشرع فرضاً حتمياً أن الشخص عالم بأحكام القانون ، لا يقبل في ذلك طراً ، حتى تعظم أسود نظماً بمادة تقوم على المحلة ، وتقتضي بها القرينة . ( حتى في العلم والمسافة في القانون الخاص ٣قرة ٢٤٣ ص ٢٨٩ ص ٢٩٠ ) .

ثابت بقيام القرينة ، وأحق الخصم من تقديم الدليل عليها . وتسعى في ذلك القرينة القانونية القاطعة والقرينة القانونية البسيطة ، فسنرى أن القرينة القانونية البسيطة هي أيضاً إحصاء من الإثبات ، وأن جواز القلمة الدليل على عكسها ليس إلا نزولاً على أصل من أصول الإثبات يقضى بجواز نقض الدليل بالدليل .

والقرينة القانونية تعني من الإثبات في الدائرة التي رسمها لها القانون ، ولو في تصرف قانوني تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، أي في دائرة لا تقبل فيها القرينة القضائية .

### ٣٢٤ - ولكن يجب على الخصم إثبات الواقعة التي تقوم عليها

الفريضة القانونية : على أن القرينة القانونية إذا كانت إحصاء من إثبات الواقعة المراد إثباتها ، فهي ليست إحصاء من إثبات الواقعة التي تقوم عليها القرينة ، والتي يعتبر القانون أن إثباتها هو إثبات الواقعة الأولى .

مثل ذلك أن التفتين المدني ، في المادة ٥٨٧ ، يقضى بأن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط . فالقانون هنا أقيم قرينة قانونية على واقعة الوفاء بقسط سابق من الأجرة ، وأقامها على واقعة الوفاء بقسط لاحق . فواقعة الوفاء بقسط سابق هي الواقعة المراد إثباتها ، وقد اعتبرها القانون ثابتة وأحق المستأجر من إثباتها . وواقعة الوفاء بقسط لاحق هي الواقعة التي تقوم عليها القرينة ، ولم يعف القانون المستأجر من إثباتها ، بل يجب على هذا أن يثبتها وفقاً للقواعد العامة<sup>(١)</sup> . فان كان القسط اللاحق لا يزيد على عشرة جنيهات كان للمستأجر أن يثبت الوفاء به بجميع الطرق ، وإن زاد على هذا المبلغ لم يجوز إثبات الوفاء به إلا بالكتابة .

---

(١) وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع المصحح : « ولا يدعو موقف من يتسلك بقرينة من مجرد الاستناد إلى واقعة قانونية ، يفترض القانون ثبوتها ، ويقبل بذلك من تحصل منه إقناعاً للدليل عليها . بيد أن هذه الإقناع لا تتناول إلا تلك الواقعة فقط في القرينة القانونية ذاتها ، بمعنى أن من واجب من يتسلك بقرينة من القرائن أن يقدم الدليل على اجتماع الشروط التي يكتفيها القانون لثبوتها » ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ١٧ ) . انظر أيضاً بومدي وبلود : فقرة ٢٦٥٩ .

٣٣٥ - **فائزفة القانونية هي نقل الوثبة من محل إلى آخر :**  
ورى من ذلك أن القرينة القانونية ليست في الواقع إلا نقلا للاثبات من محله  
الأصل إلى محل آخر (déplacement de preuve) . فالواقعة المراد إثباتها  
— وهي المحل الأصل — يزحزح القانون عنها الإثبات ، ويحوله إلى واقعة أخرى  
قرينة منها . فإذا ثبت هذه الواقعة الأخرى ، اعتبرت الواقعة الأولى ثابتة  
بحكم القانون .

٣٣٦ - **الحكمة في الفرائض القانونية :** وترجع الحكمة في النص على  
القرائن القانونية إلى أمور ، منها ما يتعلق بالمصلحة العامة ، ومنها ما يتعلق  
بمصالح الأفراد .

أما ما يتعلق بالمصلحة العامة ، فقد يكون ذلك :

(١) لتحقيق هذه المصلحة ، كما هو الأمر في حجية الأمر المقضي . فقد  
وضع الشارع قرينة قانونية تقضي بأن الحكم صحيح فيما قضى به ، فلا يجوز العودة  
إلى مناقشته إلا بطريق من طرق الطعن المقررة . ولو لم يفعل الشارع ذلك  
لأصبحت الأحكام القضائية مقلقة مزعجة ، ولما اطمأن المحكوم له إلى حقه  
الناثب بالحكم ، فوجب وضع هذه القرينة القانونية تحقيقاً لمصلحة عامة ، هي  
احترام الأحكام ووضع حد للخصومة والنزاع .

(٢) لتضييق السبل على من يحاول الاحتيال على القانون . ذلك أن القانون  
قد يضع أحكاماً يختبرها من النظام العام ، ويحتاط حتى لا تخالفها الناس في  
عاملها ولو بطريق غير مباشر ، فيضع قرائن قانونية تبطل ضرورياً من التعامل  
تراد بها مخالفة هذه الأحكام . مثل ذلك القاعدة التي تقضي بأن الوصية لا يجوز  
أن تزيد على ثلث التركة ، قد تحتال الناس على مخالفتها بتسمية الوصية بيمين أو هبة  
أو أي تصرف قانوني آخر . فوضع الشارع قرينة قانونية ، في المادة ٩١٦ من  
التقنين المدني ، تقضي بأن كل محل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ،  
ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه  
أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تطلى لهذا التصرف . فبصل صدور التبرع

في مرض الموت قرينة على أن التبرع وصية<sup>(١)</sup>.

وأما ما يتعلق بمصالح الأفراد ، فقد يكون ذلك :

(١) لتعدد الإثبات في بعض الأحوال تعلقاً قد يصل إلى درجة الاستحالة ، فيعمد الشارع إلى وضع قرينة تعنى من هذا الصب . مثل ذلك مسئولية المتبوع عن تابعه ، فهي - كما يقال - مبنية على خطأ مفترض : علاقة التبعية وكون خطأ التابع قد وقع في حال تأدية وظيفته أو سببها قد جعلهما الشارع قرينة قانونية على الخطأ الصادر من المتبوع في الرقابة على أعمال تابعه ، لتعدد إثبات هذا الخطأ في أكثر الأحوال . ومثل ذلك أيضاً القاعدة التي تقتضي بأن الولد للفراش ، فإن المرأة المتزوجة هو ابن زوجها ، والزوجية قرينة قانونية على بنوة الابن لأبيه ، لتعدد إثبات البنوة من الأب<sup>(٢)</sup>.

(٢) للأخذ بالآلوف المتعارف بين الناس . فإذا جعل الشارع المخالصة بالأجرة عن قسط لاحق قرينة على الوفاء بالقسط السابق ، فذلك لأن الآلوف بين الناس في التعامل هو أن المؤجر لا يعطى المستأجر مخالصة عن قسط لاحق إلا بعد أن يكون قد استوفى جميع الأقساط السابقة<sup>(٣)</sup>.

## المبحث الثاني

### حجية القرينة القانونية في الإثبات

٣٢٧ - القرينة القانونية القاطعة والقرينة القانونية غير القاطعة :

قلنا أن القرينة القانونية هي إعفاء من الإثبات . فالخصم الذي تقوم القرينة القانونية لصالحه معنى من إثبات الواقعة التي يستخلصها القانون من هذه القرينة .

- (١) وسرى فيما يل أن الأمر هنا إنما يتعلق بقاعدة موضوعية ، لا بقرينة قانونية .  
(٢) وهنا أيضاً نساير بعض الآراء القائمة في الفقه ، وإلا فإن مسئولية المتبوع عن التابع إنما هي مسئولية عن الغير ، وليست تقوم على خطأ مفترض . وهي والقاعدة التي تقتضي بأن الولد للفراش من القواعد الموضوعية ، لا من قواعد الإثبات . وسرى ذلك فيما يل .  
(٣) الموجز لمؤلف فترة ٧٠٠ - قلون جي (Gény) في العلم والمهنة في القانون الخاص جز ٣ ، فقرة ٢٢٢ .

ولكن لما كان الأصل هو أن كل دليل يقبل إثبات العكس ، فالدليل الكتابي يقبل إثبات العكس بدليل كتابي مثله ، والبيئة تقبل إثبات العكس بيئته مثلها أو بدليل كتابي ، والقرائن القضائية تقبل إثبات العكس بقرائن مثلها أو بيئته أو بدليل كتابي ، وذلك كله وفقاً لمبدأ أساسى فى الإثبات هو حرية الدفاع ، (liberté de défense) ، فإن هذا يؤدى بنا إلى النتيجة الآتية : كل قرينة قانونية - وقد أثبتت واقعة معينة - تقبل فى الأصل إثبات عكس هذه الواقعة <sup>(١)</sup> وإذا كان الدليل الكتابي والبيئة - وهما يثبتان الواقعة بطريق مباشر - يقبلان إثبات العكس ، فأولى بالقرينة القانونية - وهى تقتصر على الإضفاء من الإثبات - أن تقبل هى الأخرى إثبات العكس <sup>(٢)</sup> .

ويتبين من ذلك أن الأصل فى القرينة القانونية أن تكون غير قاطعة ،

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « والأصل أن كل قرينة قانونية يجوز نقض دلالتها بإثبات العكس . وقد حرص المشروع على إبراز هذا الأصل ، ولو أن نصوص التفهيمات الأجنبية لا تجزم به فى عبارة صريحة . بل إن التزام ظاهر هذه النصوص يرمى على نقض ذلك أن الأصل ، فى مطلقها ، أن تكون القرائن قاطعة ، وأن البساطة لها ليست سوى مجرد استثناء . بيد أن أمثال تلك النصوص وتطبيقاتها فى المشروع الفرنسى الإيطالى ( المادة ٢٠٤ ) لا تواجه إلا مخالفة خاصة من القرائن القانونية ، وهى تترتب القانون على قيامها بطلان بعض التصرفات أو نقض حق التقاضى . وقد يكون فى حظر نقض دلالة هذه مخالفة الخاصة من القرائن القانونية من طريق إقامة الدليل العكسى ما يفيد أن الأصل ، فيما عدا هذا الحظر الذى يحس بالنقص ، أن تكون القرائن بسيطة ، وأن يسمح إقامة الدليل على خلاف دلالتها . ثم إن المشاهد أن القرائن البسيطة بوجه عام أكثر عدداً من القرائن القاطعة ، وإزاء ذلك تكون بسيطة القرينة هى القاعدة . حل أن القواعد العامة فى الإثبات تبنى لتوجيه هذا الأصل . ذلك أن الدليل الكتابي يجوز نقضه إما بطريق الظن بالضرورة وإما بإقامة الدليل العكسى ، والقرينة القانونية ليست إلا حجة يقبها الشارع ، فإذا لم يتم الدليل بوجه عام حل صحة هذه الحجة ، فهى لا تدور أن تكون احتمالاً يصح فيه الخطأ فى بعض الأحوال . ولذلك يكون الأصل هو جواز إقامة الدليل العكسى لنقض القرينة ، فيما عدا الأحوال التى ينص فيها القانون صراحة على عدم جواز ذلك والأحوال التى تؤسس فيها القرينة على النظام العام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٧ - ص ٤١٨) .

(٢) وسنرى إثبات العكس هنا هو إثباته فى الحالة الخاصة التى يكون المصمم بصدها . وإذا فإنه لا يجوز إثبات عكس القرينة فى عمومها ، وبوصفها قاعدة تشريعية ، فإن هذا الإثبات مستلزم إلغاء التشريع ذاته الذى أقام القرينة القانونية ، ولا يلقى التشريع إلا بتشريع مثله (أوبرى رود ١٢قرة ٧٥٠ هامش رقم ٧) .

أي أنها تقبل إثبات العكس . فإذا هي لم تقبل إثبات العكس ، فذلك هو الاستثناء (١) .

فهي إذن تعتبر استثناء أن القرينة قاطعة ؟ يقودنا هذا إلى الكلام في القرينة القاطعة ثم في القرينة غير القاطعة .

## المطلب الأول

القرينة القانونية القاطعة أو المطلقة

(présomption irréfragable, absolue, juris et de jure)

٣٢٨ - التفتيش المدعى الفرنسي : حاول التفتيش المدعى الفرنسي أن يضع معياراً للقرينة القانونية القاطعة ، فنص في الفقرة الثانية من المادة ١٣٥٢ على أنه « لا يجوز إثبات ما ينقض القرينة القانونية إذا كان القانون يبطل على أساسها بعض التصرفات أو يجعل الدعوى غير مقبولة ، فلما لم يحفظ القانون الحق في إقامة الدليل العكسي ، وذلك مع عدم الإخلال بما سيقرر في خصوص الجين والإقرار القضائيين » .

ويمثل الفقهاء الفرنسيون للقرينة القانونية التي يبطل القانون على أساسها تصرفاً قانونياً بالمادة ٩١١ من التفتيش المدعى الفرنسي ، وتنص على أن « كل تبرع صادر لعدم الأهلية يكون باطلاً ، سواء ستر في صورة عقد معارضة أو صدر لشخص مسخر (personne interposée) . ويعتبر شخصاً مسخراً لعدم الأهلية أبوه وأمه وأولاده وفروعه وزوجه » . فهنا يبطل القانون تصرفاً قانونياً على أساس قرينة قانونية . إذ الهبة تكون باطلة إذا صدرت لعدم الأهلية . وقيم القانون قرينة قانونية ، إذا صدرت الهبة لأحد من أقارب عدم الأهلية المذكورين في النص ، على أن الصادر له الهبة هو شخص مسخر لعدم الأهلية ، وتكون الهبة قد صدرت في الواقع من الأمر لعدم الأهلية نفسه ، ومن ثم تكون باطلة .

(١) في هذا المعنى حتى في عهد التفتيش المدعى السابق الذي لم يشتمل على نص صريح في المسألة : الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٧٢ - ص ٢٧٤ - قانون الإحصاء أحد نفلت في الإثبات ٢ فقرة ٦١٨ .

فالقرينة القانونية التي نص عليها القانون قد أبطل على أساسها تصرفاً قانونياً هو عقد المبة . ولذلك تكون هذه القرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، فلا يجوز للشخص المسخر ( الاسم المستعار ) الذي تلقى المبة أن يثبت أنه ليس شخصاً مسخراً لعدم الأهلية وأنه هو المقصود حقيقة بالمبة <sup>(١)</sup> . ويمثلون أيضاً بالمادة ٤٧٢ من التقنين المدني الفرنسي ، وتنص على أن « كل تعامل بين الوصي والقاصر بعد بلوغه سن الرشد يكون باطلاً إذا لم يسبقه تقديم حساب مفصل مصحوب بالسندات المؤيدة له ، ويكون كل هذا ثابتاً بإيصال من ذى الشأن قبل التعامل بمشرة أيام على الأقل » . فالقانون هنا أبطل تصرفاً قانونياً ، هو التعامل ما بين الوصي والقاصر بعد بلوغه سن الرشد ، على أساس قرينة قانونية ، هي العلاقة القائمة ما بين الوصي ومجوره السابق دون أن يقدم له الوصي حساباً مفصلاً عن إدارته لأمواله ، وفي هذا مظنة استغلال الوصي لهجوره السابق في التعامل الذي جرى بينهما قبل تقديم الحساب . فتكون القرينة القانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، ولا يجوز للوصي أن يثبت أن التعامل الذي تم كان تاملاً جدياً لا استغلال فيه .

ويمثل الفقهاء الفرنسيون للقرينة القانونية التي يجعل القانون على أساسها الدعوى غير مقبولة بحجة الأمر المقضى وبالتقدم وتسليم سند الدين للمدين . لحجة الأمر المقضى تقوم على قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس ، لأن الدعوى التي تدفع بهذه الحجة لا يجوز سماعها . والتقدم يقوم على قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس ، لأن الدعوى تكون غير مقبولة إذا دفعت بالتقدم . وتسليم الدائن باختياره سند الدين للمدين قرينة على برائة ذمة المدين ، والقرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، لأن الدائن إذا رفع دعوى على مدينه بعد أن سلمه سند الدين ، ودفع المدين بهذه القرينة ، تكون الدعوى غير مقبولة . وسنم لا يجوز للمحكوم عليه ، في حجة الأمر المقضى ، أن يثبت أن الحكم الذي يبتج عليه به غير صحيح . ولا يجوز للدائن ، في التقدم ، أن يثبت أن الدين

---

(١) انظر أيضاً المادة ١١٠٠ من التقنين المدني الفرنسي في تفسير أشخاص معينين في المبة ما بين الزوجين . وانظر في هذه المسألة ديكرتينيس (Decottignies) في القرائن في القانون المكمل باريس سنة ١٩٥٠ ص ١٠١ - ص ١٠٢ .



موجود بالرغم من تضاده . ولا يجوز للدائن ، في تسليم سند الدين ، أن يجهت  
عصم برامة ذمة المدين بالرغم من تسلمه للسند .

ويخلص مما تقدم أن القانون إذا أبطل تصرفاً قانونياً أو جعل الدعوى غير  
مقبولة على أساس قرينة قانونية ، كانت هذه القرينة غير قابلة للإثبات العكس<sup>(١)</sup> .

٣٣٩ - انتفاء التقصير الفرنسي : وهذا الميعار الذي اختاره التقنين

الملقى الفرنسي للقرينة القانونية القاطعة كان محل انتقاد شديد من الفقهاء  
الفرنسيين ، وبخاصة من جني (Gény) في كتابه المعروف : العلم والمصاغة  
في القانون الخاص<sup>(٢)</sup> .

فيقول عن الشق الأول من الميعار - إبطال التصرف القانوني على أساس  
القرينة القانونية - انه لا يبرر بأمانة عن الغرض الحقيقي للمشرع . فقد أراد  
هذا أن يجعل القرينة قاطعة ليسد بها السيل على ضروب التحايل للخروج  
على نواحي القانون المبنية على النظام العام<sup>(٣)</sup> . وهناك صلة وثيقة بين ما ورد  
عن إبطال التصرف في المادة ١٣٥٠ وما ورد عن ذلك في المادة ١٣٥٢ .  
فقد ذكرت المادة ١٣٥٠ صراحة في هذا الصدد التصرفات التي يقرر القانون  
أنها باطلة مفترضاً أنها أبرمت للاحتيال على أحكامه ، وهذا هو عين ما قصد  
إليه بل ذكره إبطال التصرف في المادة ١٣٥٢ .

وأما عن الشق الثاني من الميعار - جعل الدعوى غير مقبولة على أساس  
القرينة القانونية - فيقول جني ان المقصود بهذا الميعار أن يكون هناك دفع يمنع

---

(١) وقد استدركت المادة ١٣٥٢ من التقنين الفرنسي بأن استقلت حالة ما إذا كان القانون  
قد حفظ الحق في إقامة الدليل العكسي . ويعمل الفقهان أوبري ورو على هذه الحالة المستثناة  
بالمادة ١٢٨٣ من التقنين الفرنسي ، وتنص على أن « تسليم الصورة التفتيشية للسند تسليمياً  
اختيارياً يفيد الإبراء أو الولاء ، ما لم يتم الدليل على العكس » . فهنا يجعل القانون الدعوى غير  
مقبولة على أساس قرينة قانونية ، فكان ينبغي أن تكون هذه القرينة غير قابلة لإثبات العكس ،  
ولكن القانون نص صراحة على جواز ذلك . ولا يوجد ، في التقنين الفرنسي ، نعتل للقرينة  
قانونية يطل القانون على أساسها تصرفاً قانونياً وينص القانون مع ذلك على أنها قابلة لإثبات  
العكس (أوبري ورو ١٢ بقرة ٧٥٠ على رقم ١٠) .

(٢) انظر بنوع خاص في هذا الموضوع : جني في العلم والمصاغة في القانون الخاص الجزء  
الثالث في القرائن . فيكونتهيس في القرائن في القانون الخاص .

(٣) جني في العلم والمصاغة ٣ ص ٣٠٦ .

من المدعول في موضوع الدعوى ترفض على هذا الأساس ، لا ألا ترفع الدعوى أصلاً فإن أية دعوى ترفع يجب نظرها وإلا كان هذا إنكاراً لأداء العدالة . ولما كان الدفع بأية قرينة قانونية - قاطعة كانت أو غير قاطعة - يؤدي إلى عدم الدخول في الموضوع والوقوف عند هذه القرينة ، كان هذا المعيار إن فهم على المعنى الأول يتناول كل القرائن القانونية القاطعة وغير القاطعة دون تمييز فيما بينها ، وإن فهم على المعنى الثاني فإنه لا يتناول شيئاً منها على الإطلاق<sup>(١)</sup>.

٣٣٠ - **الرأي الصحيح :** والرأي الذي يبدو صحيحاً ، وينجم إليه الحق

القرنسي للمعاصر ، في معيار القرائن القانونية القاطعة يمكن بسطه على النحو الآتي :

الأصل أن تكون القرينة القانونية غير قاطعة ، فتقبل لإثبات العكس ، وهذا شأن كل دليل ينظمه القانون . ولكن هناك قرآن أقامها المشرع لاعتبارات هامة خطيرة ، يحرص كل الحرص على عدم الإخلال بها ، ومن ثم يجعل هذه القرائن غير قابلة لإثبات العكس حتى يستقيم له غرضه . ولا يرجع ذلك ضرورة إلى أن القرينة القانونية القاطعة هي أكثر انطباقاً على الواقع من غيرها ، بل يرجع لاعتبارات يستلزم بتقديرها المشرع ، فهو وحده الذي وضع القرينة القانونية ، وهو وحده الذي يقرر ما إذا كان يحلها غير قابلة لإثبات العكس . ومن ثم كان واجباً على المشرع عندما يقيم قرينة قانونية ، ويريد أن يحكم تشريعه ، أن ينظر ما إذا كانت الاعتبارات التي اقتضت النص على هذه القرينة هي من الأهمية والخطورة بحيث تستوجب أن تبقى القرينة قائمة في جميع الأحوال ، فعند ذلك ينص على عدم جواز إثبات العكس . فإن سكوت عن ذلك ، كانت القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس وجوهاً إلى الأصل<sup>(٢)</sup> .

(١) جن في العلم والمساواة ٣ ص ٣٠٧ - ص ٣٩٩ - يبدان وهو ٩ فقرة ١٢٩٤

ص ٣٨٢ - ص ٣٨٣ .

(٢) ويقول جن في هذا المعنى أن المشرع الحكيم عندما يقيم قرينة قانونية ينبغي في الأصل أن يجعلها قابلة لإثبات العكس . فالقرينة القانونية دليل يقرر على الرجوع الغالب للقرينة لا على التأكيد المطلق ، فوجب إلحاق الجدل لأن قلت هذه القرينة أن يثبت أن حاله لا تتدرج تحت -

٣٣١ - التفتيح المرفى المصرى : وهذا هو عين ما فعله المشرع المصرى فى التفتين المدنى الجديد . إذ نص ، كما رأينا ، فى المادة ١٠٤ على أنه « يجوز نقض هذه القرينة ( أى القرينة القانونية ) بالدليل المكس ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك »

والسياسة التشريعية التى جرى عليها المشرع المصرى فى التفتين المدنى الجديد هى أنه عندما يقف عند قرينة قانونية يريد جعلها قاطعة لا تقبل إثبات المكس ينص على ذلك ، وإن كان النص يأتى بطريق غير مباشر . فعل ذلك فى القرائن القانونية على الخطأ التى تقوم عليها المسؤولية عن الحيوان والمسئولية عن الأشياء والمسئولية العقابية ومسئولية المستأجر عن الحريق .

فقد نصت المادة ١٧٦ على أن « حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكاً له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » . فأقام المشرع مسؤولية حارس الحيوان على قرينة قانونية تفيد خطأ الحارس ، ولم يسمح للحارس أن يزحزح المسؤولية عن عاتقه إلا بإثبات السبب الأجنبي . ومقتضى هذا أن الحارس - وقوام مسئوليته الخطأ والضرر وعلاقة السببية فيما بينهما - يستطيع أن يبنى علاقة السببية بإثبات عكسها وهو السبب الأجنبي ، ولا يستطيع أن يبنى الخطأ لأن قرينته القانونية غير قابلة لإثبات المكس . وعلى هذا المنوال جرى فى المسؤولية عن الأشياء ( م ١٧٨ ) ، وفى المسؤولية العقابية ( م ٢١٥ ) ، وفى

---

« هذا الرأى الغالب المرفوع ، فإذا ما أراد المشرع أن يجعل القرينة غير قابلة لإثبات المكس ، فلا بد أن يكون عنده من الأسباب الجوهرية ما يدفعه إلى إقفال الباب دون نقض القرينة ، وطلب الرجوع الغالب المرفوع إلى التأكيد المطلق » . حتى يجعل القرينة تسقط فى كل حالة دون أن يكون مصحفاً . ثم ينتهى إلى جانب ذلك أن ينص المشرع على أن القرينة لا تقبل إثبات المكس ، كما فعل للمشرع الألمان فى المادة ٢٩٢ من تفتين المرافعات . وينص حتى على المشرع الفرنسى أنه لم ينفذ هذه الفكرة ، بل لجأ إلى مبادئ يطويعها على درجة كبيرة من الاجتهاد والتمسك . ثم يقول إن هذا المبرر قد أنقش المجال لقتناء والفقه قد تفسر أقصر مما يلقى مع القواعد الصحيحة ، فتكون القرينة قاطعة أو غير قاطعة تبعاً للاسقاطات التى حلت للمشرع على إلتئامها ( حتى فى العلم والمصداقة فى القانون الخامس جز ٢٠٠ ص ٢٩٨ - ص ٣٠١ وص ٣٠٩ - ص ٣١٢ - والنظر أيضاً فى هذا المنى بلاتول وديير وجايرله ٢ لفرة ١٥٤٩ ص ١٠١٢ ) .

مسئولية المستأجر عن الحريق (م ٥٨٤) (١).

بل إن التقنين المصرى كثيراً ما ينص على أن قرينة قانونية معينة قابلة لإثبات العكس ، فى غير ضرورة ، إذ هى قابلة لإثبات العكس ولو لم ينص على ذلك ، رجوعاً إلى الأصل كما قلنا . ولكنه يفعل ذلك متناً ليس . نحن فى الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ على أن « يستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا ثبت أنه قام بواجب الرقابة » أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبى من العناية . فأقام مسؤولية المكلف بالرقابة على قرينة قانونية تفيد الخطأ ، ولكنه نص على جواز نفي الخطأ بإثبات عكس هذه القرينة ويكفى لذلك أن يثبت المكلف بالرقابة أنه قام بواجبه فى هذا الصدد . ونص فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ على أن « كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يتم الدليل على غير ذلك » . ونص فى المادة ٩١ على أن « ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويصير وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يتم الدليل على عكس ذلك » . وهو بعد أن نص على أن وصول التعبير قرينة على العلم وأن هذه القرينة للقانونية قابلة لإثبات العكس ، لم يرحب به فى أن يعود إلى النص على جواز إثبات العكس ، بعد أن زال كل لبس فى ذلك ، عندما عرض للتعاقد ما بين الغائبين فى المادة ٩٧ ، فنص فى الفقرة الثانية من هذه المادة على أن « يفترض أن

---

(١) وسنرى فيما يلى أن كثيراً ما يوصف بأنه قرينة قانونية قاطعة كحجية الأمر المقضى والافتراض ، ليزن فى الواقع إلا قواعد موضوعية . ويبنى مدفوعاً فى الفرائض القانونية القاطعة هذه الفرائض الأربع . وهى كلها مسؤوليات يتبناها القانون على قرينة الخطأ . ويمكن التساؤل عما إذا كان من الملائم ، عندما يفترض للمشرع الخطأ فى جانب المسؤول ، أن يقفل فى وجهه الباب فلا يستطيع أن يثبت أنه لم يخطئ . وهذا ماداماً طالفة من التقضاء أن يمددوا عن فكرة الخطأ المفروض إلى فكرة الخطأ الثابت . فالمسئولية عن المهرمان وعن الأشياء وعن حريق العين للوجبة إما تقوم على خطأ ثابت فى الحراسة (faute dans la garde) . والمسئولية المدنية إما تقوم ، فى حافة الالتزام المدعى بتحقيق غاية وهى الحالة التى تمنينا ، على خطأ ثابت ، إذ أن عدم تحقيق الغاية المصاحبة عليها هى هذا الخطأ نفسه ، أى كانت الأسباب التى أدت إلى عدم تحقيق هذه الغاية (انظر الترسيد الجزء الأول فقرة ٢٢٨ وقرينة ٧٠٨ وقرينة ٧٢٠ - وقرينة ديكروليس فى الفرائض فى القانون الخامس فقرة ٥٩ وقرينة ٦١ )

لجوب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيها هذا القول<sup>(١)</sup>.

وإذا قلنا عند مسئولية المتبرع عن تابعه ، فرأينا الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ تنص على أن « يكون المتبرع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ، متى كان والعامة في حال تأدية وظيفته أو بسببها » ، ولم ير المشرع ينص على عدم جواز إثبات العكس ، فلا نتوهم أننا أمام قرينة قانونية لم ينص المشرع على عدم جواز إثبات عكسها ، فتكون قابلة لإثبات العكس . فسرى أن مسئولية المتبرع عن التابع إنما هي قاعدة موضوعية ، وليست قائمة على قرينة قانونية ، والأصل في القواعد الموضوعية أنها لا تقبل إثبات العكس . كذلك الضام ، مكسباً كان أو مسقطاً ، لا حاجة فيه إلى النص على عدم جواز إثبات العكس ، لأن الأمر فيه أمر قاعدة موضوعية لا أمر قرينة قانونية<sup>(٢)</sup> . وسنعود إلى هذه المسألة ببيان أوفى .

### ٣٣٢ - القرينة القانونية القاطعة يجوز دحضها بالقرائن والهيئ:

وإذا قلنا أن القرينة القانونية القاطعة لا تقبل إثبات العكس ، فليس معنى ذلك أنها لا تدحض أبداً . ذلك أن عدم القابلية للدحض لا يكون إلا للقواعد الموضوعية على ما سنرى . أما القرائن القانونية ، ولو كانت قاطعة ، فهي قواعد

---

(١) ومن النصوص التي تقم قرائن قانونية غير قاطعة وتذكر مع ذلك جواز إثبات العكس : المادة ١٧٧ التي تنص على مسئولية حارس البناء ، والمادة ٢٣٨ التي تقم قرائن قانونية غير قاطعة في الدعوى البوليسية ، والمادة ٢٣٩ التي تقم قرينة قانونية غير قاطعة على إصرار المدين ، والمادة ٨١٧ التي تجعل من كون المأخوذ فاصلاً ما بين بتاتين قرينة قانونية غير قاطعة على أن المأخوذ مفترق ، والفقرة الثالثة من المادة ٩١٦ التي تجعل من صدور التصرف في مرض الموت قرينة قانونية غير قاطعة على أن المقصود به التبرع ، والمادة ٩١٧ التي تجعل الاحتفاظ في التصرف لأحد الورثة بمرارة المدين وبالخلق في الانتفاع قرينة غير قاطعة على أن التصرف مضاف إلى ما به الموت ، والمادة ٩١٣ التي تجعل الميزة المادية قرينة غير قاطعة على الميزة القانونية ، والمادة ٩١٤ التي تجعل الميزة القانونية قرينة غير قاطعة على الملكية ، والمادة ٩١٥ التي تقم قرينة غير قاطعة على حسن نية في الميزة ، والمادة ٩١٧ التي تقم قرينة غير قاطعة على احتفاظ الميزة بالصفة التي بدلت بها .

(٢) وسنرى ، على العكس من ذلك ، أن النظام المسقط بسنة واحدة في حقوق مهتبا المادة ٣٧٨ إنما يقوم على قرينة قانونية قاطعة ، لا على قاعدة موضوعية .

إثبات . وأما كانت المرتبة التي أودعها المشرع لها في القسط والحسم ، فهي لا تسمى على أن تدعى بالإقرار واليمين ، ما دام المشرع قد شاء أن يقيها في حطرة قواعد الإثبات ، ولم يرق بها إلى منزلة القواعد الموضوعية . وقد نص على ذلك صراحة التقنين الملحق الفرنسي في المادة ١٣٥٢ ، إذ قضى بعدم جواز إثبات ما ينقض القرينة القانونية القاطعة « مع عدم الإخلال بما سيقرر في خصوص اليمين والإقرار القضائيين » . وجمهرة الفقهاء في فرنسا يفسرون هذا النص بأن إثبات عكس القرينة القانونية القاطعة لا يجوز إلا عن طريق الإقرار أو اليمين <sup>(١)</sup> . وهذا الحكم يسرى أيضاً في القانون المصري دون نص صريح ، وقد انمقد عليه الإجماع <sup>(٢)</sup> . ذلك أن القرينة القانونية القاطعة لا تزال دليلاً من أدلة الإثبات ، بل هي لا تعدو أن تكون دليلاً سلبياً إذ تقتصر على الإضفاء من الإثبات كما قلنا . فإذا نقضها من تقررت لمصلحة باقراءه أو يمينه ، فقد دحضها ، ولم يعد هناك محل لإعفاء من إثبات لم يقبل هو أن يفي نفسه منه .

وينبئ على ذلك أن المسئول مسئولية قائمة على قرينة قانونية قاطعة — كما في المسئولية من الحيوان وعن الأشياء والمسئولية العقابية ومسئولية للتاجر عن الحريق — لا يستطيع أن يثبت عكس هذه القرينة كما قلنا ، ولكنه يستطيع دحضها باقرار يصدر من خصمه أو يمين يوجهها إلى هذا الخصم فيشكل <sup>(٣)</sup> .

وقد نصت المادة ٣٧٨ فقرة أولى من التقنين الملحق على حقوق تتقادم بسنة

(١) أوريجو ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ ص ١٠٤ وهاش رقم ١١ — لوران ١٩ فقرة ٦٢١ — بونيه فقرة ٧٤٤ — بلانيول وريبيج وهولانجه ٢ فقرة ٢١٨٣ — بلانيول وريبيج وجابولك ٧ فقرة ١٥٥١ ص ١٠١٣ — بيدان وريبيج ٩ فقرة ١٢٩٥ — جى في السلم والصفاية ٣ ص ٢١٢ — ديكونتهيس في القرائن في القانون الخاص فقرة ٥٣ — فقرة ٥٥ .

(٢) المرجع السابق فقرة ٧٠١ — الأستاذ أحمد نفات في الإثبات ٢ فقرة ٦٢٣ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٦٣ — الأستاذ عبد القاسم جيسى في الإثبات فقرة ١٠٢ ص ١٠٦ — ص ١٠٧ .

(٣) وهذا أمر لا يقع في الجدل . ومن ثم يرجع ما قلناه من أن المسئولية من الحيوان وعن الأشياء ومن الحريق لا تقوم على خطأ مدروس فرماً لا يقبل إثبات للعكس ، بل على خطأ ثابت هو الخطأ في الحراسة . كذلك للمسئولية العقابية تقوم على خطأ ثابت هو عدم تحقيق الغاية التي أقرم لأصاها بمقتضاها .

واحدة ، ثم أضافت الفقرة الثانية من هذه المادة أنه ويجب على من يمتنك بأن الحق قد تقدم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى اللتين فعلا . . . وهذا يدل على أن المشرع قد جعل هذا التقدم التصير قائماً على قرينة قانونية قاطعة تفيد الوفاء بالحق ، ومن ثم أجاز دحض هذه القرينة بالنكول عن اليمين ، فيجوز من باب أولى دحضها بالإقرار (١) .

### ٣٣٣ - ما لا يجوز دحضه بالإقرار أو اليمين ليس من الفرائض

القانونية بل هو من الفرائض الموضوعية : على أن الفقه الفرنسي يذهب إلى أن القرينة القانونية القاطعة إذا كانت قائمة على اعتبارات روجت فيها المصلحة العامة ، كحجية الأمر المقضي والتقدم ، فإنه لا يجوز دحضها ، حتى بالإقرار أو اليمين ، لأن هذين الطريقتين لا يجوز قبولهما فيما هو معتبر من النظام العام كما قلنا (٢) . يبقى الحكم قرينة قاطعة على ما قضى به ، حتى لو أقر من صدر الحكم لمصلحته بأنه حكم خاطئ . ويبقى الحق مقضياً أو مكسباً بالتقدم ، حتى لو أقر من تم التقدم لمصلحته بأن الحق لم يقض أو لم يكسب ، وذلك فيما عدا التقدم المسقط بسنة واحدة الذي تقدم ذكره عند من يراه قائماً على قرينة قانونية (٣) .

(١) وذلك سواء اعتبرنا اليمين حاسمة أو متسمة ، فالنكول عنها في كلا الاعتبارين يكون دحضاً للقرينة . قانون ديكونتينس في الفرائض في القانون الخاص فقرة ٥٥ من ١٣١ - من ١٣٤ . أما غير ذلك من ظروف التقدم المسقط ، وكذلك التقدم المكسب ، فيقوم على قواعد موضوعية لا على قرائن قانونية كما سنرى .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ من ١٠٤ - ديهولوب ٣٠ فقرة ٢٧٧ - لوران ١٩ فقرة ٦٢١ - بودوي وبارد ٤ فقرة ٢٦٦٤ - بلانول وريجر وجابولد ٧ فقرة ١٥٥١ من ١٠١٣ - ميشان ورو ٩ فقرة ١٢٩٥ من ٣٨٤ - من ٣٨٥ .

وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ من ٤١٨ . (٣) وإذا سلمنا جدلاً بأن هناك قرائن قانونية قاطعة لا تقبل الدحض حتى بالإقرار أو اليمين ، وهي القرائن المتعلقة بالنظام العام ، فإنه يبقى مع ذلك مكاناً في هذه القرائن . ولا يكون ذلك بطبيعة الحال من طريق إثبات العكس ، فإن هذا منزع حتى من طريق الإقرار واليمين . ولكن يكون ذلك من طريق إثبات أن القرائن التي تقوم عليها القرينة لم توجد أو لم تتوفر شروطها . فينبى من يصحح عليه بالأمر المقتضى أن هناك حكماً صار هذه القضية ، أو يجهت أن هذا الحكم لم -

والصحيح أن القرينة القانونية القاطعة يجوز دائماً دحضها بالإقرار أو اليمين.  
أما الذي لا يبدى بالإقرار أو اليمين ، كحجية الأمر المقضى والقادم ، فليس  
بقرينة قانونية ، بل هو قاعدة موضوعية ، تقوم ، هي أيضاً كالقرينة القانونية ،  
على فكرة الراجح الغالب الوقوع (idées de probabilités) .

٣٣٤ - القاطعة الموضوعية والقرينة القانونية : ذلك أنه يجب  
التمييز في كثير من العناية بين القاطعة الموضوعية (règle de fond) والقرينة  
القانونية <sup>(١)</sup> . إذ توجد قواعد موضوعية يبنها المشرع على الكثرة الغالبة من  
الأحوال فيقلبها إلى حقائق ثابتة (probabilités transférées en certitudes) ،  
مظهرا في ذلك مثل القرائن القانونية <sup>(٢)</sup> . فبلوغ الرشد تتفاوت فيه الناس ، ولا  
تكون سن الرشد واحدة للجميع ، ولكن المشرع لا يسه أن يكمل تحديد هذه  
السن - وأهميتها في التعامل معروفة - إلى الظروف الذاتية لكل إنسان . فوجب  
أن يجعل بلوغ الرشد لجميع الناس عند سن معينة - الحادية والعشرين مثلا -  
مراعياً في ذلك الكثرة الغالبة من الأحوال ، متجاوزاً عن التفاوت ما بين إنسان  
وآخر ، حتى ينضبط التعامل ويستقر <sup>(٣)</sup> . وهذا مثل للقاعدة الموضوعية التي يبنها  
المشرع على فكرة الراجح الغالب الوقوع .

أما القرينة القانونية فقد قدمنا أنها قاعدة إثبات لا قاعدة موضوعية . خط مثلا

= تتوافر فيه الشروط اللازمة . ويبنى من يحج عليه بالتقدم أن التقدم قد اكتمل ، أو يثبت أن  
شروطه لم تتوافر . فلذا نجح من يدعي ذلك في إثبات ما يدعيه - وله الإثبات يصبح بطريق لا  
يثبت واقعة مادية - لم يكن بذلك قد أثبت عكس القرينة ، بل يكون قد أثبت أن القرينة ذاتها  
غير موجودة ، والفرق واضح بين الأمرين .

(١) ويرجع التفصيل في جلاء هذا التمييز إلى جن في كتابه العلم والصياغة في القانون الخاص  
الجزء الثالث في القرائن ، ثم إلى ديكونتهس في رسالته المعروفة في القرائن في القانون الخاص  
وهي الرسالة التي تكررت الإشارة إليها . وتبهما بينان وبرو ٩ فقرة ١٢٩٠ .  
انظر أيضاً في هذا التمييز الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٥٩ مكرر -  
الأستاذ عبد النعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ٢٢٧ - الأستاذ عبد الحاسط جيسى في الإثبات  
فقرة ١٠١ .

(٢) قانون برومى وبارد ٤ فقرة ٢٦٥٧ مكررة .

(٣) جن في العلم والصياغة في القانون الخاص جزء ٣ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٩ .



القرينة القانونية التي تنص بأن الوفاء بقسط الأجرة اللاحق دليل على الوفاء بالقسط السابق. هذه قاعدة وضعها المشرع ، لاف موضوع الحق: وهو الوفاء بالأجرة وما يتصل به من أحكام ، بل في إثباته أى كيف يثبت المستأجر أنه قام بوفاء الأجرة . وقد راعى المشرع في وضعها - هنا أيضاً - الكثرة الضالفة من الأحوال ، إذ وجد أن المؤجر لا يعطى عادة مخالصة عن قسط لاحق إلا بعد أن يستوفى الأقساط السابقة ، فجعل من الوفاء بقسط لاحق قرينة قانونية على الوفاء بقسط سابق .

٣٣٥ - كيف يكون التمييز بين القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية: والذي يقارب ما بين القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية هو - كما قدمنا - أن كلا منهما يقوم على الكثرة الغالبة من الأحوال أو على الراجح الغالب الوقوع . ولذلك يقع اللبس بينهما كثيراً . ولكنهما يختلفان في أمرين جوهريين : ( الأمر الأول ) أن عامل الراجح الغالب الوقوع يخفى وراء القاعدة القانونية فتستغرقه ، ويكون منها بمثابة العلة (motif) من المعلوم ، ففى تقررت القاعدة توارت العلة خلفها ، ولم يعد لها بعد ذلك مجال للظهور<sup>(١)</sup>. أما هذا العامل في القرينة القانونية فهو نفسه موضوع (objet) القرينة ، وإنما قامت القرينة لتقريره ، فيبقى دائماً بارزاً لا يخفى وراءها<sup>(٢)</sup> .

فإذا قلنا إن الإنسان يبلغ رشده في الحادية والعشرين ، فقد دفع المشرع إلى تقرير هذه القاعدة الموضوعية أن هذا هو الذي يقع في العادة . ولكن هذا الدافع ، أو هذه العلة ، تخفى وراء القاعدة ، وسواء وقع هنا فعلاً أو لم يقع ، فالإنسان يبلغ رشده - قانوناً - في الحادية والعشرين ، ولو بلغ - طيمة - قبل ذلك أو بعد ذلك .

وإذا قلنا إن الوفاء بقسط لاحق دليل على الوفاء بقسط سابق ، فقد راعى المشرع في ذلك أيضاً أن هذا هو الذي يقع في العادة ، ولكن هذه العلة لا تخفى وراء القرينة ، بل تبقى بارزة تعمل عملها كما سيأتى .

(١) جنى في العلم والسياسة في القانون الخامس المرحى السابق - ديكرتينس في القرائن في القانون الخامس ص ٤٤ .

(٢) ديكرتينس في القرائن في القانون الخامس ص ٤٥ وص ٥٢ .

فالقانون لا يتقدم بالقرينة القانونية إلا مسببة (casuiste) ، أما القاعدة الموضوعية فتتقدم بها مجردة (abs traite) .

(والأمر الثاني) يترتب على الأمر الأول . ذلك أن القاعدة الموضوعية لا تجوز معارضتها بالعلة في تقريرها ، فقد اختفت هذه العلة واستقرتها القاعدة . فإذا برز إنسان في التاسعة عشرة من عمره ، ودل بصفوه في الذكاء والعلم أنه أرشد ممن بلغ الحادية والعشرين ، فلا يزال هذا الإنسان قاصراً في نظر القانون ، مهما بلغت منزلته من الحقوق . وإذا وجد ، على العكس من ذلك ، إنسان في الحادية والعشرين ، وقد بدت عليه علامات القصور العقلي ، فإنه يعتبر بالرغم من ذلك بالغاً من الرشد ، إلا إذا كان القصور العقلي قد وصل به إلى حد الغفلة أو النسي ، فحينئذ يجبر عليه . فبالقاعدة الموضوعية قد استقرت علمها ، ولم يعد للعلة مجال للعمل .

أما القرينة القانونية فتجوز معارضتها بعلمها ، فإن العلة لم تستقرها القرينة ، بل بقيت إلى جانبها بارزة . فإذا تقدم للمؤجر بدليل يثبت أنه ، بالرغم من استيفائه القسط اللاحق ، لم يستوف القسط السابق ، سمح منه ذلك ، وانهارت قرينة الوفاء بالقسط السابق . ذلك أن القرينة يتقدم بها للمشرع مسببة بعلمها كما تقدم القول ، وكون الوفاء بالقسط اللاحق يكون ، في الكثرة الغالبة من الأحوال ، بعد الوفاء بالقسط السابق لا يمنع ، في القلة النادرة من الأحوال ، أن يستوفى للمؤجر القسط اللاحق دون أن يستوفى القسط السابق . وقد أثبت المؤجر أن حالته هذه تخرج في القلة من الأحوال لا في الكثرة ، ففي خصوص هذه الحالة تخلفت القرينة لتخلف علمها ، فلا يعمل بها بعد أن دحضها للمؤجر (١) .

على أنه لا يجوز أن يفهم من ذلك أن كل قاعدة موضوعية هي قاعدة إجبارية يتحتم تطبيقها ولا يجوز استبعادها ، وأن كل قرينة قانونية تقبل الاستبعاد بالدليل العكسي . فإن في القواعد الموضوعية ما لا يفرضه المشرع فرضاً حتمياً في كل الأحوال ، بل ينزل فيه أولاً عند إرادة أصحاب الشأن . فإذا قرر المشرع - في المادة ٤٦٦ من القانون المدني - أن نفقات عقد البيع تكون على المشتري ، فهو

(١) ميكرونتيس في القانون الخامس من ٤٤ .

قد قرر بذلك قاعدة موضوعية استغرقت عليها . ولكنه لم يرد إجمال هذه القاعدة إلا عندما لا يكون المتعاقدان أية إرادة في هذه المسألة . فلذا لم يكن بينهما اتفاق صريح أو ضمني أو عرف على أن المصروفات يدفعها غير المشتري ، فالمشتري هو الذى يدفعها ، ما من ذلك بد ، ولا يجوز له أن يرفض دفعها بدعى أن القاعدة الموضوعية التى تلزمه بها قد تحلقت عليها ، وأن حالته تندرج في القلة من الأحوال التى لا يبلغ فيها المشتري المصروفات ، ما دام لم يتفق مع البائع على ذلك . وهنا نرى أن القاعدة إنما هي قاعدة موضوعية قد استغرقت عليها<sup>(١)</sup> . لكن إذا اتفق المشتري مع البائع اتفاقاً صريحاً أو ضمناً ، أو قام عرف ، على أن البائع هو الذى يدفع المصروفات ، فالمشرع لا يفرض قاعدته على إرادة المتعاقدين ، وتحل القاعدة مكانها للاتفاق أو العرف . وهنا نرى أن هذه القاعدة الموضوعية ليست قاعدة إجبارية (règle impérative) ، بل هي قاعدة تكيلية (règle supplétive) ، لا تهمل الإرادة لتحل عليها ، بل تملأ الفراغ الذى تركه<sup>(٢)</sup> .

كذلك ليس صحيحاً أن كل قرينة قانونية تقبل الاستبعاد بالدليل العكسي . فننظران القرائن القانونية ما جعله المشرع قاطعاً لا يجوز أن يستبعد ، حتى يستقيم له فرضه من استقرار التعامل . مثل ذلك ما فعله عندما اتخذ من التقادم سنة واحدة قرينة قاطعة على الوفاء بحقوق ذكرها في المادة ٣٧٨ من القانون المدني . فهنا اتخذ التقادم قرينة على الوفاء بحقوق معينة ، كما اتخذ الوفاء بالقسط اللاحق قرينة على الوفاء بالقسط السابق . إلا أنه جعل القرينة الأولى قاطعة ، ولم يجر إثبات عكسها . وجعل القرينة الثانية ، كإثباتها ، قرينة غير قاطعة ، وأجاز إثبات عكسها . ولكن تبقى القرينة الأولى ، ولو كانت قاطعة ، قاعدة للإثبات ، فهو لائق في ذلك القرائن غير القاطعة ، وتضارفي القواعد الموضوعية . فالتقادم سنة قرينة

(١) فيكونتيس في القرائن في القانون الخامس ص ٥١ .

(٢) ومن القواعد الموضوعية التكميلية (supplétive) أيضاً ما نصت عليه المواد ١٠٣ ( دفع الربوي يهد جواز المدول من النقد ) و ٣٠٩ ( ضمان الممثل ليسار المدين ) و ٢١٩ ( ضمان المدين الأصل ليسار الممثل عليه ) و ٣٢٢ ( عدم انتقال الدين المنسحب بالقرن مع القطار المرحون إلى ذمة المشتري ) و ٣٤٥ ( كيفية احتساب خصم المدين منه تعدداً (impensation) (des paiements) و ٣٤٦ - ٣٤٨ ( زمان ومكان وتلفات لرقاء بالدين ) .

قاطعة على الوفاء بحق معين ، ولكن هذه القرينة لا تعدو أن تكون طريقاً للإيجات ، أو إضفاءه على الأصح . ويترب على ذلك أن التصمم الذى تقررت القرينة القاطعة لمصلحة إذا نزل عنها ، وقال إن الدين باق فى ذمته ، أو نكل من المدين التى توجه إليه فى ذلك ، فإن إقراره هذا - الصريح أو الضمنى - يجعل القرينة تنهار ، بالرغم من أنها قاطعة . ومن ثم تكون كل القرائن القاطعة قابلة للمحضر بالإقرار أو الممين كما قلنا (١) .

### ٣٣٦ - الانتقال من القاعدة الموضوعية إلى القرينة القانونية

ومن القرينة القانونية إلى القاعدة الموضوعية -هى بارادة المشرع : والانتقال من القاعدة الموضوعية إلى القرينة القانونية ، أو من القرينة القانونية إلى القاعدة الموضوعية ، أمر موكول إلى المشرع . فكل من القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية من صنفه . فهو إن شاء جعل ما يقرره من ذلك قاعدة موضوعية ، وإن شاء جعله قرينة قانونية ، وفقاً لما يقدر من الاعتبارات التى تتفاوت فى القوة والضعف فتحملة على المسلك الأول أو على المسلك الثانى . وله كذلك ، إن شاء ، أن يهبط بقاعدة موضوعية إلى قرينة قانونية ، وأن يرتفع بقرينة قانونية إلى قاعدة موضوعية .

وقد هبط المشرع المصرى فعلاً بالتقادم ، وهو فى الأصل قاعدة موضوعية ، إلى أن جعله قرينة قانونية فى حالة من حالاته . فعل ذلك كما قلنا فى التقادم المسقط لحقوق معينة بسنة واحدة ، إذ أجاز دحض القرينة بالإقرار أو الممين . ولو استبقى التقادم هنا قاعدة موضوعية ، كما هو شأن سائر حالات التقادم المسقط

(١) وقد سبق أن أشرنا إلى المقارنة التى قطعنا جنى ما بين القرينة القانونية والمهلة (Sections) . ويمكن الآن تسميم المقارنة وجعلها تنظم القرينة القانونية والقاعدة الموضوعية والمهلة . فكل من القرينة القانونية والقاعدة الموضوعية تقوم على الرجوع الغالب للقرع ، ولكن هذا العمل يبنى بارزاً إلى جانب القرينة القانونية ، بينما هو يبنى وراء القاعدة القانونية . أما المهلة فلا شأن لها بالراجع الغالب للقرع ، بل هى لا أساس لها من الواقع ، إذ تقوم على فرض علقه المشرع دون أن يلقى بالا حل هذا الفرض يتفق مع الواقع أو يتصرف عنه . فانتراس العلم بالقانون لا أساس له من الواقع ، وكذلك انتراس العلم بالأوراق التى أعلنت لجهة الإدارة أو لجهة النيابة العامة لهما يميز القانون من ذلك . وأند هذه التلافة عسراً هى المهلة لأنها لا تقوم على الواقع ، ثم القاعدة الموضوعية لأنها وهى تقوم على الواقع يتفق الواقع وداسها ، ولعلها عسراً القرينة القانونية وهى تقوم على الواقع وعلى الواقع بارزاً إلى جانبها .

وكل حالات التقادم المكسب ، لما أجاز ذلك .

وارتفع المشرع المصرى بقرينة قانونية إلى منزلة القاعدة الموضوعية ، عندما قرر ، فى المادة ٩٤٨ من التقنين الملى ، أن الحق فى الأخذ بالشفعة يسقط بانقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع . فقد كان فى وسع المشرع أن يقتصر على جعل انقضاء هذه المدة قرينة قانونية قاطعة على أن الشفعى قد علم بالبيع ولم يأخذ بالشفعة فسقط حقه . ولكنه لو جعل القاعدة قرينة قانونية على هذا النحو ، لانتضى ذلك أن يجز للشفعى دحض هذه القرينة باقرار المشتري أو بيعته . فإذا أقر المشتري أن الشفعى لا يعلم بالبيع بالرغم من انقضاء أربعة أشهر على تسجيله ، أو نكل عن اليمين التى توجه إليه فى ذلك ، فإن القرينة القانونية القاطعة تنهار ، إذ يدحضها الإقرار أو اليمين ، ويستبقى الشفعى حقه فى الأخذ بالشفعة . من أجل ذلك لم ير المشرع أن يختار هذا الطريق ، بل ارتفع بهذه القرينة إلى منزلة القاعدة الموضوعية ، فاستصعب بذلك على التقصص ، ولم يجز دحضها حتى بالإقرار أو اليمين . وبمجرد أن ينتضى على تسجيل البيع أربعة أشهر دون أن يأخذ الشفعى بالشفعة فقد سقط حقه ، حتى لو أقر المشتري - صراحة ، أو ضمناً بأن نكل عن اليمين - أن الشفعى لم يعلم بالبيع .

والذى يحمل المشرع على الانتقال بالقاعدة من مرتبة إلى مرتبة أخرى اعتبارات يراها هو ، وترك إلى محض تقديره كما قلنا . فقد رأى ، فى التقادم سنة واحدة ، نظراً لاحتمال أن المدين لم يكن قد وفى بالدين فى هذه المدة القصيرة ، أن يحكم فى ذلك ضيمره . فنزل بالقاعدة إلى مرتبة القرينة القانونية القاطعة ، ليجز دحضها بالإقرار واليمين . وكان يستطيع أن ينزل بها إلى مرتبة أدنى ، فيجعلها قرينة قانونية غير قاطعة يجوز دحضها ، لا بالإقرار واليمين فحسب ، بل أيضاً بجميع الطرق التى قررها القانون (١) ورأى ، فى سقوط الشفعة بأربعة أشهر ، أن الشفعة حق غير مرغوب فيه ، وأراد أن يجسم النزاع فى شأنه ، وأن يجعل سقوطه بهذه المدة أمراً لا يحتمل الجدل . فارتفع بالقاعدة إلى أن تكون قاعدة موضوعية ، وجعلها بذلك لا تقبل الدحض حتى بالإقرار أو اليمين .

### ٣٣٧ - قواعد موضوعية تكيف خطأ بأنها قرائن قانونية :

ويلين من كل ذلك وجوب التمييز ما بين القواعد الموضوعية والقرائن القانونية .  
فكثيراً ما يقع الخلط بينها : تخطئ القاعدة الموضوعية الإجبارية بالقرينة  
القانونية القاطعة ، وتخطئ القاعدة الموضوعية التكوينية بالقرينة القانونية  
غير القاطعة (١) .

وقد أسوء فهم بعض القواعد الموضوعية ، فكيف خطأ بأنها قرائن قانونية .  
وجعلت قرائن قاطعة لا يجوز إثبات عكسها . ولما كانت هذه القواعد قواعد  
إجبارية لا يجوز دحضها حتى بالإقرار واليمين ، مع أن القرائن القاطعة يجوز دائماً  
دحضها بهذين الطريقين كما قلنا ، فقد قيل في تبرير عدم قابليتها للدحض أنها  
قرائن قانونية قاطعة تتعلق بالنظام العام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .  
والصحيح أنها قواعد موضوعية إجبارية ، لا قرائن قانونية قاطعة ، وهذا وحده  
هو الذي يبرر أنها لا تلغى حتى بالإقرار واليمين . ومن هذه القواعد - علنا حجة  
الأمر المقضي ، والتقدم اللتين تقدم ذكرهما - الحيازة في المنقول ، والتصرف  
في مرض الموت ، ومسئولية المتبوع عن التابع (٢) .

للحيازة في المنقول قاعدة موضوعية إجبارية ، لا قرينة قانونية قاطعة . فقد  
رأى المشرع أن يحسم حائر المنقول حسن النية بسلاح أقوى من سلاح القرينة  
القانونية ولو كانت قاطعة . ومن ثم أصبح من يجوز المنقول وهو حسن النية ،  
يفضل هذه القاعدة الموضوعية ، مالم كاله . وأصبحت ملكيته ثابتة مسطرة ،  
لا يزعمها حتى الإقرار أو اليمين . أراد المشرع أن يستقر التعامل في المنقول ،  
ولذلك اجبارات علناً يستقل بتقديرها ، ويمكك زمانها ، فيضع من القواعد  
ما يراه مناسباً لحماية الأوضاع القانونية المختلفة . ثارة يكتفى بقرينة قانونية غير  
قاطعة . وطوراً يجعل القرينة القانونية قاطعة . وأخرى يرتفع عن نطاق القرائن  
وقواعد الإثبات ، ويرى أن الحماية المناسبة هي قاعدة موضوعية لا تقبل النقض

(١) ديكرتينيس ص ٤٥ - ص ٤٦ .

(٢) ونذكر منها أيضاً القواعد التي نصت عليها المراسم ٤٤ إلى ٤٦ و ١١٢ إلى ١١٦ (الخصم  
المحيد والمحجور والبالغ من الرشد) ٢٢٨ (وجود شرط تموض منه القواعد) ٢٣٦ (هيازة  
محقق من ملكية في المهرى غير المباشرة) ٩٣٦ (الأعد بالشفعة لمنع لغير المهر) .

بجاء من الأحوال . هذا هو التدرج في الحماية ، درجة فوق درجة ، يؤتيها المشرع من يشاء كما يشاء ، وهو في كل ذلك يتوخى أن يكون لكل وضع قانوني الحماية التي تناسبه . وتلك من ذلك الصلة ما بين القرائن القانونية والقواعد الموضوعية ، فليس بينها من حجاب كثيف ، ولكنها مراحل متدرجة في الحماية : القرينة القانونية غير القاطعة في المرتبة الدنيا ، ثم القرينة القانونية القاطعة في مرتبة أعلى ، ثم القاعدة الموضوعية في القمة من مدارج الحماية .

وكذلك قل عن التصرف الصادر في مرض الموت إذا قصد به التبرع . وضع له المشرع ، في الفقرة الأولى من المادة ٩١٦ من التقنين المدني ، قاعدة موضوعية تجعله تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت . وهي قاعدة لا تقبل النقض ، ولو كان عن طريق الإقرار أو اليمين . والمشرع ليس في حاجة هنا إلى التصريح بعدم جواز إثبات العكس ، لأنه في صدد قاعدة موضوعية إجبارية ، لا في صدد قرينة قانونية قاطعة . أما مجرد صدور التصرف في مرض الموت ، فقد جعل منه المشرع ، في الفقرة الثالثة من المادة ٩١٦ ، قرينة قانونية غير قاطعة تنبئ أن التصرف قصد به التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التبرع أن التصرف معاوضة .

ومسئولية التبرع عن التابع لا تقوم على قرينة قانونية قاطعة بالخطأ كما يلحظ الكثيرون ، بل هي مبنية على قاعدة موضوعية . وهذه القاعدة تنص على أن التبرع مسئول عن التابع على أساس الضمان أو النيابة أو الحلول . فهي مسئولية عن الغير ، بل لحملها هي الحالة الوحيدة في المسئولية عن الغير<sup>(١)</sup> . ولم يجد المشرع حاجة ، وهو في صدد قاعدة موضوعية إجبارية لا قرينة قانونية قاطعة ، أن ينص على عدم جواز إثبات العكس كما فعل عند ما واجه القرائن القانونية القاطعة في مسئولية حارس الحيوان (م ١٧٦ مدني) وفي مسئولية حارس الأشياء (م ١٧٨ مدني) .

والضادم ، مكسباً كان أو مستقطاً ، هذا الضادم المسقط بسنة واحدة وقد

---

(٢) انظر الترميم الجزء الأول فقرة ٦٩١ - وانظر أيضاً جني في العلم والمهابة في القانون الخامس جزء ٣ ص ٣١٠ - عن ٣١١ - هيكوتيهيس في القرائن في القانون الخامس فقرة ٦٠ ص ١٤٥ - ص ١٤٦ .

نقدم ذكره ، قاعدة قانونية إجبارية ، لا قرينة قانونية قاطعة . ومن ثم لا يقبل أن يدعى ، حتى بالإقرار واليمين .

وحجة الأمر المقضى لاستند إلى قرينة قانونية قاطعة . بل هي قاعدة موضوعية ، لا تقبل النقص ، ولو بالإقرار أو اليمين . وقد وضعها التفتين المدني المصري - المجدد والقديم - خطأ بين القرائن القانونية ، ونص على عدم جواز نقضها بالدليل العكسي ، فجاء في ذلك أكثر التفتينات ، ولم يتحرر من هذا الخطأ الشائع <sup>(١)</sup> .

## المطلب الثاني

القرينة القانونية غير القاطعة أو النسبية أو البسيطة

(*présomption relative, simple, juris vel juris tantum*)

### ٣٣٨ - القرينة القانونية غير القاطعة تعفى من الإثبات القانونية

القانونية القاطعة: القرينة القانونية غير القاطعة تعفى من ثبوت القرينة لمصلحتها من الإثبات : تعفيه إعفاء تاماً ولا تقتصر على نقل عبء الإثبات إلى خصمه ، شأنها في ذلك شأن القرينة القانونية القاطعة <sup>(٢)</sup> .

(١) قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثباتقرة ١٥٩ مكررة ص ٢٦٦ و فقرة ١٦٨ .

(٢) ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص فقرة ٩٣ ص ٢٣٠ - ص ٢٣٣ .

وقد تم ديكوتينيس القرائن القانونية غير القاطعة إلى (١) قرائن تقوم على افتراض أول (*a priori*) يفرض المشرع لصل من له تطبيق قاعدة قانونية ليس من إعمال هذه القاعدة ، كافتراض أن الأصل في الملك ألا يكون متقلاً بحق الغير ، وأن الأصل في المهم البراءة ، وأن الولد للفراش ، وأن أعمال التاجر تعد في الأصل أعمالاً تجارية ، وأن حسن النية مفروض في المفاضلة (ب) و قرائن مستقلة من تطبيق قاعدة قانونية تقوم على فكرة المرجح للبالغ القويح ، وقد ارتفع بها المشرع من مرتبة القرينة القضائية إلى مرتبة القرينة القانونية حتى يلزم بها القاضي والخصوم ، فيجعلها بمنأى عن النزاع والجدل ، ويقصد فيما يبدل من جهد في الإثبات (*économie de preuve*) : وذلك كافتراض العلم بالتصريح عن الإرادة بمجرد وصول التصريح إلى من وجه إليه ، والافتراض الوفاء بقسط الأجرة السابق إذا أثبت المشتري أنه دفع القسط للاحق (ديكوتينيس في القرائن في القانون الخاص ص ١٨٦ - ص ٢١١) .



مثلاً ذلك: تنص الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ من القانون المدني على أن وكل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك . فهنا أعنى القانون الدائن من إثبات أن للالتزام الذى يطالب به المدين سبباً مشروعاً ، مع أن السبب المشروع ركن في الالتزام ، وكان ينبغي أن يقوم الدائن بإثباته . وليس الأمر هنا هو نقل عبء الإثبات إلى عاتق المدين ، بل إن الدائن - وقد أعنى من الإثبات - يعتبر أنه قدم إثباتاً كاملاً على وجود السبب المشروع . وإذا كان النص يقول : وما لم يقيم دليل على غير ذلك ، فليس ذلك إلا اجتراباً على الأصل من أن كل دليل تمكن معارضته بدليل ينقضه . فالحصم إذا قدم دليلاً كتابياً أو بينة على ما يدعيه فإنه يكون قد قدم دليلاً كاملاً ، ولكن هذا لا يمنع خصمه من أن يقدم دليلاً ينقض دليله . فالدليل العكسى في القرينة غير القاطعة ليس نتيجة لنقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ، بل هو تطبيق لأصل من أصول الإثبات يقضى بمقارعة الدليل بالدليل . ومن ثم يكون جواز إثبات العكس في القرينة غير القاطعة هو استصحاب للأصل ، وعدم جواز ذلك في القرينة القاطعة هو خروج على الأصل فالتنصيص نعتاً خاصاً كما قلنا .

ثم تنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أن يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب ، فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه . فهنا أيضاً يعنى القانون الدائن من إثبات أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، وتقوم قرينة قانونية على أن السبب الحقيقي هو السبب المذكور في العقد . ولما كانت القرينة غير قاطعة ، وجب التزام الأصل ، والترخيص للخصم الآخر أن ينقض الدليل المضاد من هذه القرينة . وقد بين المشرع طريقاً خاصاً لتنقض هذا الدليل ، هو أن يثبت المدين أن السبب المذكور في العقد إنما هو سبب صورى لاحقة له . عند ذلك ينهار الدليل المضاد من القرينة القانونية المتقدمة الذكر ، ولا يصبح السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، ويبقى السبب الحقيقي غير ثابت ، وعلى الدائن ، وهو الذى يدعى الدين في ذمة مدينه ، أن يثبت أحد أركان هذا الدين وهو وجود السبب المشروع<sup>(١)</sup> .

(١) وقد قلت تحكة النفس بأنه إذا ذكر في سند الدين أن القيمة دلت نقداً وعلى المدين =  
(٢٠) الموسط - (٢٤)

وقس على ذلك سائر القرائن القانونية غير القاطعة التي نص عليها المشرع<sup>(١)</sup>.

### ٣٣٩- كيف يكونه إثبات العكس في القرائن القانونية غير القاطعة :

لاشك في أن القرينة القانونية غير القاطعة يمكن إثبات عكسها ببديل ذي قوة مطلقة . فيمكن إثبات العكس باقرار من تقررت القرينة لمصلحته أو بنكوله عن الميمن ، وإذا كانت القرينة القانونية القاطعة يمكن دحضها بهذين الطريقين كما قلنا ، فأولى بالقرينة القانونية غير القاطعة أن تلحس بهما . كذلك يمكن إثبات عكس القرينة غير القاطعة - وفي هذا تختلف عن القرينة القاطعة - بالكتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة معزز بالبيئة أو القرائن القضائية ، وإذا استحال الحصول على الكتابة أو استحال تقديمها بعد الحصول عليها جاز الإثبات بالبيئة أو بالقرائن القضائية .

ولاشك أيضاً في أن القرينة القانونية غير القاطعة إذا استخلصت في إثبات والعلة مادية أو تصرف قانوني لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، فإنه يمكن

سبب الميمن بالطريق القانوني ، كان على الدائن أن يقدم الدليل على ما قد يدعى أنه السبب الحقيقي للبعد وحل أنه سبب صحيح جائز قانوناً (نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٢ المحررة الرسمية ٢٤ رقم ١ ص ١٢) . ونفت أيضاً بأنه متى كان الطاعن لم يقدم الدليل على صورية السبب المدعى في القضاة موضوع الدعوى ، وكانت المحكمة قد رأت في حدود سلطتها الموضوعية أن القرائن التي ساقها الطاعن ليست لها على عدم مفعولية سبب الميمن غير جلية وغير كافية لإسقاط الدليل الذي قدمه المظنون منه وهو إثبات قرعه بصفاته إخلية ثابت بها أن قيمتها قدرت للسلف أو لغيره ، وأن هذه القرائن لا تجوز لإجابة الطاعن إلى طلب إحالة الدعوى على التحقيق ، لأنها لا تكون قد خالفت مقتضى المادة ١٢٧ من القانون المدني ( نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٥٢ محررة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٠ ص ٨٤٢ ) .

(١) وقد سبق الإشارة إلى كثير من القرائن القانونية غير القاطعة في المقتنين المدني المصري ( المظر المراء ٩١ ٩٧ ٩٧٤ ١٧٧ ١٧٢ ٢٣٨ ٢٣٩ ١٧٦ ٩١٦ ٩١٧ ٩١٧ ٩٦٣ ٩٦٤ ٩٦٥ ٩٦٧ ٩٦٨ ٩٦٩ ٩٧٠ ٩٧١ ٩٧٦ ٩٧٨ ) .

وقد كان المقتنين المدني السابق ( م ٢١٩/٢٨٤ ) يجعل من تسليم سبب الميمن أو صوره التنفيذية إلى الميمن قرينة قانونية على براءة سبب الميمن . وهذه القرينة التي كانت قرينة قانونية غير قاطعة في المقتنين السابق أغلقتها المقتنين الجديد فزلت إلى مرتبة القرائن القضائية . أما في المقتنين المدني الفرنسي فقد ارتفعت إلى قرينة قانونية قاطعة في ظل منها ( ١٢٨٢ م مدني فرنسي فيما يتعلق بتسليم سبب الميمن ) وإلى قرينة قانونية غير قاطعة في ظل الآخر ( م ١٢٨٢ فيما يتعلق بتسليم صورة التنفيذية ) .

إثبات حكمها بالبيئة أو بالقرائن القضائية ، الى جانب الطرق المنقضة ، وذلك وفقاً لقواعد العامة في الإثبات<sup>(١)</sup> .

ويقصر الشك على ما إذا كانت القريضة القانونية غير القاطعة قد استغضت في إثبات تصرف قانوني تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، فهل يجوز إثبات العكس بالبيئة أو بالقرائن القضائية على خلاف ما تقتضيه القواعد العامة في الإثبات ، أو أنه يجب التزام هذه القواعد فلا يجوز إثبات العكس إلا بالكتابة أو الإقرار أو اليمين ؟ يرى بعض الفقهاء جواز إثبات العكس في هذه الحالة بالبيئة أو بالقرائن القضائية ، لأن القريضة القانونية لا تملو أن تكون قريضة كسائر القرائن ، والقريضة تنقض بقريضة مثلاً ولو كانت قريضة قضائية ، ومتى أمكن إثبات العكس بالقريضة القضائية جاز الإثبات أيضاً بالبيئة<sup>(٢)</sup> . وكنا نحن نقول بهذا الرأي<sup>(٣)</sup> . ولكن

(١) ولما كان حسن قنية واقعة ملغية ، فإنه يجوز إثبات العكس ، أي سوء القنية ، بجميع طرق الإثبات ( استئناف مخطط ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٢ ) . وإذا كانت القريضة القانونية مستغضة من ورقة مكتوبة ، كالمخالصة بلسط الأجرة الاصلاح وهي قريضة على الوفاء بالنسبة السابق ، واستغضت في إثبات تصرف قانوني لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، فإنه يمكن إثبات عكس القريضة بالبيئة ، وليس في هذا إثبات لعكس المكتوب ، بل هو إثبات لعكس القريضة القانونية المستغضة من المكتوب .

وهناك كلمة من الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى أنه لا يجوز إثبات عكس القريضة القانونية غير القاطعة بقريضة قضائية ( تولى ١٠ فترة ٦٣ — زاعاريه فترة ٧٦٦ ) ، ولكن الأكثرية الحالية من الفقهاء يميزون ذلك ، عندما تكون القريضة القانونية قد استغضت في إثبات ما يجوز إثباته بالبيئة أو بالقرائن القضائية ( أوبري ورو ١٢ فترة ٧٥٠ ص ١٠٢ وحامش رقم ٦ — ديورانسون ١٣ فترة ٤١٢ — بونيه ٢ فترة ٨٤١ — لاروسبيير ٧ م ١٣٥٢ فترة ٨ — ديولومب ٣٠ فترة ٣٦٨ — لودان ١٩ فترة ٦١٦ — بوردو وبارد ٤ فترة ٢٢٦١ — بلايول وديوير وجابورك ٧ فترة ١٥٥٠ ص ١٠١٢ — ص ١٠١٣ — بيدان ورو ٩ فترة ١٢٩٦ ص ٣٨٥ ) .

(٢) انظر في هذا المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فترة ١٦٤ — الأستاذ أحمد نقلا في الإثبات ٢ فترة ٧٤٥ . الأستاذ عبد المنعم فرج الصمد فترة ٢٢٩ .

وكانت المادة ٢٨٤/٢١٩ من القانون المدني السابق قد أثبتت كالتسا قريضة قانونية غير قاطعة تجعل تسليم المستدين للمدين دليلاً على برائة له ، ثم أجازت المادة ٢٨٥/٢٢٠ من هذا القانون إثبات عكس هذه القريضة بالبيئة في جميع الأحوال ( استئناف مخطط ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٧ — ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٧ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٠٨ — المرجع المؤلف فترة ٦٨٩ ) .

(٣) المرجع لفترة ٧٠٢ .

مق. فهو أن القرينة القانونية تعني من الإثبات، ولو كانت غير قاطعة، وموجب على ذلك أن من تدرت لمصلحة هذه القرينة يحضر أنه قدم إثباتاً كاملاً على ما يدعيه، كما قلنا، كانت النتيجة اللازمة أن الخصم الآخر أصبح من المكلف بالإثبات؛ فعليه أن يعارض الدليل بالدليل، وعليه أن يفعل ذلك وفقاً للقواعد العامة في الإثبات لأن القانون لم ينص على شيء يخالف هذه القواعد في هذه المسألة. ومن ثم إذا كانت القرينة القانونية غير القاطعة قد استخدمت في إثبات تصرف قانوني يزيد قيمته على عشرة جنهات، لم يجوز إثبات عكسها إلا بالكتابة أو الإقرار أو اليمين<sup>(١)</sup>. فلو أن المستأجر قدم اثباتاً لوفاء بقسط سابق من الأجرة يزيد على عشرة جنهات القرينة القانونية المستفادة من وفائه بالقسط اللاحق، فإنه يجوز للموثر أن يثبت أن المستأجر، بالرغم من أنه وفي بالقسط اللاحق، لم يتم بوفاء القسط السابق. ولكن لما كان هذا القسط السابق يزيد على عشرة جنهات، ولم يكن من الممكن إثبات وفائه بالقيمة أو بالقرائن، كذلك لا يجوز إثبات عدم وفائه إلا بالطرق التي يجوز بها إثبات الوفاء<sup>(٢)</sup>.

### ٣٤٠ - بعض القرائن القانونية غير القاطعة لا يجوز إثبات

عكسها إلا على نحو خاص: ويوجد في التقنين المدني الفرنسي قرائن قانونية غير قاطعة يجوز إثبات عكسها، ولكن المشرع نص على أن يكون هذا الإثبات على نحو خاص. ويذكر الفقهاء الفرنسيون عادة مثلاً لذلك القرينة التي تقضي بأن الولد للقرائن، وهي القرينة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٣١٢ من التقنين المدني الفرنسي. فهذه القرينة لا يجوز إثبات عكسها إلا على النحو

(١) انظر في هذا المعنى أوبري ورد ١٢ فقرة ٧٥٠ من ١٠٢ وحاشي رقم ٦ - بروني وبادر ٤ فقرة ٢٦٦١ - بلابلول وديجر وجاهول ٧ فقرة ١٥٥٠ من ١٠١٢ - من ١٠٩٣ - وقارب يمان وهور ٩ فقرة ١٢٩٦ من ٣٨٥.

(٢) أما إذا أثبت عكس قرينة قانونية مستفادة من وثيقة مكتوبة، وكان الله يراد إثباته سبباً غير مشروع، فيجوز إثبات ذلك بالقيمة، وفقاً للقواعد العامة (انظر تقنين مدني ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ بموجبه أحكام التقنين ٤٠ رقم ١٢٠ من ٨٤٢ وفيه مبدئية الإفادة إلى هذا المعنى).

اللى قرويه المادتان ٣١٢ و ٣١٣ من التفتين المدنى الفرنسى<sup>(١)</sup> . ويدكرون أيضاً القرينة التى تقضى بأن الحائط الذى يفصل ما بين بنتائين يمد مشتركاً ، وهى القرينة المتصوص عليها فى المادة ٦٥٣ من التفتين المدنى الفرنسى . وهى أيضاً لا يجوز إثبات عكسها إلا بطرق معينة ذكرتها المواد ٦٥٣ و ٦٦٦ و ٦٧٠ من هذا التفتين<sup>(٢)</sup> .

ويمكن أن نجد فى التفتين المدنى المصرى نظائر لهذه القرائن . نذكر من ذلك :  
(١) ما نصت عليه المادة ٢٣٩ من أنه : إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون بأو يزيد عليها . ويتبين من هذا النص أن الدائن إذا أثبت أى مقدار من الديون فى ذمة مدينه ، قامت قرينة قانونية على أن هذا المدين معسر ، ولكنها قرينة غير قاطعة أجاز النص إثبات عكسها على نحو خاص ، بأن يثبت المدين أن عنده مالا يساوى قيمة هذه الديون أو يزيد عليها . (٢) ما نصت عليه المادة ٩٦٣ من أنه : إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معينة . وهذا نص يجعل الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية ، وهى قرينة غير قاطعة ، جعل القانون الطريق لتقضيها هو إثبات حجب فى الحصول على الحيازة المادية . (٣) ما نص عليه التفتين المدنى فى مواطن كثيرة ( مثلا المادة ١٧٦ والمادة ١٧٨ والمادة ٢١٥ ) من أن علاقة السبية ما بين الخطأ والضرر - وتقوم على قرينة غير قاطعة - تنقض باثبات السبب الأجنبى . (٤) ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤ من أنه : إذا تعدد المستأجرون لعقار واحد ، كان كل منهم مسئولاً عن الحريق بنسبة الجزء الذى يشغله ، ويتناول ذلك المؤجر

(١) وفى اللغة الإسلاى توجد أيضاً قاصمة شرعية تقضى بأن الولد للفراش ، والامان هو الطريق المقرر لتقضى هذه القرينة .

(٢) أما فى التفتين المدنى المصرى ( ٨١٧ م ) فلم يبين المشرع طرقة معينة لإثبات العكس . انظر فى هذه القرائن فى التفتين المدنى الفرنسى أوبرى دورو ١٢ فقرة ٢٥٠ ص ١٠٦ - بلانجول ودبيير دجايلوك ٧ فقرة ١٥٥٠ ص ١٠١٣ وحامش رقم ١ - بيدان ودر ٩ فقرة ١٢٩٦ - وجيل أوبرى دورو هذه القرائن فى مرتبة وسطى ما بين القرائن القانونية الثلاثة والقرائن القانونية غير القاطعة ( انظر المرجع المتقدم ) . ويحرمها ديكتاتيس بالقرائن النسبية (relative) ( ديكتاتيس فى القرائن فى القانون الخامس ص ١٢٥ - ص ١٨٢ ) .

إن كان مقياً في الحمار ، هذا ما لم يثبت أن النار ابتداءً شوبها في الجزء الذي يشغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسئولاً عن الحريق . فالمستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة مسئولة قائمة على خطأ عقلي مفروض ، يجوز نفيه بالثبات أن النار ابتداءً شوبها في جزء يشغله أحد المستأجرين الآخرين<sup>(١)</sup> .

## الفرع الثاني

### حجية الأمر للمقضى

(L'autorité de la chose jugée)

#### نموذج

٣٤١ - ملأه هذا الموضوع هو قانونه المرافعات : منرى أن حجية

الأمر المقضى تكون غالباً في صورة دفع بعدم جواز صماع الدعوى ، أو بعدم قبولها ، لسبق الفصل فيها . وكان هذا التكييف يقتضى أن يدرس الموضوع في مباحث قانون المرافعات مع سائر أوجه الدفع بعدم قبول الدعوى<sup>(٢)</sup> . والدفع بعدم جواز صماع الدعوى لسبق الفصل فيها أساسه على كل حال قاعدة موضوعية ، لا قرينة قانونية .

---

(١) ويمكن في هذه المناسبة مقابلة بين الورقة كدليل كتابي والقرينة القانونية من حيث جواز إثبات العكس . فالورقة العرفية يمكن إثبات مكسها بالكتابة والإقرار واليمين ، والقرينة القانونية - ما لم تكن قائمة - يجوز أيضاً إثبات مكسها بالكتابة والإقرار واليمين بل وبالقرينة والقرائن التقصالية إذا استعملت في إثبات غير الضرعات القانونية التي تزيد قبيلتها على طرفة عينيات كالقضاء . والورقة الرسمية تقتل على أجزاء لا يجوز إثبات مكسها إلا بطريق معين هو طريق الطعن بالتزوير ، ومن القرائن القانونية ما لا يجوز إثبات مكسها إلا بطريق معين كملكه ( قانون الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٧٠ ملحق رقم ١ ) .

وفي من البان أن تعيين القرائن القانونية ، وتحديد ما هو قاطع منها وما هو غير قاطع ، وكيف يجوز إثبات العكس ، كل هذه مسائل قانون تنفع لرعاية حكمة القضاة .

(٢) انظر جارسوني وسيزاميه ٣ لقرة ٧٠٣ وما بعدها - جارسون ونهيه وسوميل ٣

لقرة ٧٧٤ وما بعدها - بلانول ودوير وجابرل ٧ ص ١٠١٤ ملحق رقم ٣ .

ولكن التفتين المدني الجديد - وهو في ذلك يسائر التفتين المدني السابق والتفتين المدني الفرنسي والتفتينات المدنية الحديثة - خرج بحجة الأمر المقتضى عن أن تكون قاعدة موضوعية<sup>(١)</sup> (règle de fond) إلى جعلها قرينة قانونية<sup>(٢)</sup> (présomption légale). وهي قرينة قانونية قاطعة ، فقد نص صراحة على عدم جواز قبول دليل ينقض هذه القرينة .

ولما كان المشرع ، كما قلنا ، هو الذي يملك في يده زمام القواعد الموضوعية والقرائن القانونية ، فبالتبع إن شاء بالقرينة القانونية إلى منزلة القاعدة الموضوعية ، وبسبب إن شاء بالقاعدة الموضوعية إلى مرتبة القرينة القانونية ، فلا بد إذن من بحث حجة الأمر المقتضى معصلة بالقرائن القانونية ، نزولاً على حكم القانون<sup>(٣)</sup>.

### ٣٤٢ - حجة الأمر المقتضى وقوة الأمر المقتضى : ولما كانت

(١) ويقول بلانيول وديير وجابوله أن هذه القرينة القانونية تستر في الحقيقة قاعدة موضوعية ، ولا تقوم الحجة النسبية للحكم على أساس قرينة تفيد أن الحكم هو عنوان الحقيقة ، ولأنه لو كان عنوان الحقيقة بالنسبة إلى المبحث . ولكن الحجة النسبية تقدم على الإحصاء الآتي : لما كان القاضي محايداً وكان الخصوم هم الذين يقدمون الأدلة ، فالحقيقة القضائية مروءة بما يقدمون من ذلك ، ومن أجل هذا كان الحكم حجة عليهم هم دون غيرهم ( بلانيول وديير وجابوله ٧ فقرة ١٥٥٦ ص ١٠٢٢ ) . انظر أيضاً بيدان وبيرو ٩ فقرة ١٢٢٧ - فقرة ١٢٢٨ .  
(٢) وتفيد هذه القرينة أن الحكم هو عنوان الحقيقة : *Res iudicata pro veritate habetur* .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى تبريراً لوضع حجة الأمر المقتضى في التفتين المدني ما يأتي : « تتصل حجة الشيء المقتضى به بأثر الأحكام ، ويدخل تطبيقها من هذا الوجه في قانون الرضايات . بيد أن تفتين الرضايات المصرية قد أخلل هذا التقسيم ، في حين عرض له التفتين المدني المصري في المادة ٢٢٢/٢٩٧ . ولم تقتصر هذه المادة على إقامة قرينة الحجة دون جواز قبول أي دليل لتقصيها ، بل تناولت أيضاً موضوع هذه الحجة وشروطها . وهذا هو منسب التفتين الفرنسي ، والتفتين الإيطالي (م ١٣٥١) ، والتفتين الهولندي (م ١٩٥٤) والتفتين الإسباني (١٢٥٢م) والتفتين الكندي (م ١٢١١) والتفتين المراكشي (١٥١٢م) والمشرع الفرنسي الإيطالي (م ٣٠٢) . على أن التفتين البرتغالي لا يدرج حجة الشيء المقتضى به في حداد القرائن (م ٢٥٠٢-٢٥٠٠) بل يدخلها في نطاق الأدلة الكتابية . وواقع أن حجة الشيء المقتضى به تنطوي على معنى التحليل ، وإن كانت قائمة من قواعد نظام القضاء ، ولذلك رأى إلهام النص الخاص بها في مشروع التفتين المدني بين التصريح الخاصة بالقرائن القانونية على غرار ما هو متبع في أكثر القوانين (مجموعة الأعمال المصنوعة ٢ ص ٤٢٠-٤٢١) .

التعيرات الفنية في هذا الموضوع مضطربة ، وقد أدى اضطرابها إلى وقوع كثير من اللبس ، وجب البدء في تحرير هذه التعيرات ، وتنقية الموضوع مما يحوطه من إبهام واضطراب .

فيجب التمييز بين حجية الأمر المقضى (autorité de la chose jugée) وقوة الأمر المقضى (force de la chose jugée) .

فحجية الأمر للمقضى معناه أن للحكم حجية فيما بين الخصوم وبالنسبة إلى ذات الحق محلاً وسياً . فيكون الحكم حجة في هذه الحدود ، حجة لا تقبل الدخس ولا تزحزح إلا بطريق من طرق الطعن في الحكم . وثبتت هذه الحجية لكل حكم قطعي ، أي لكل حكم موضوعي يفصل في خصومة ، سواء كان هذا الحكم نهائياً أو ابتدائياً ، حضورياً أو غيابياً . وتبقى للحكم حجيته إلى أن يزول ، فإن كان غيابياً حتى يزول بالغائه في المعارضة ، وإن كان ابتدائياً حتى يزول بالغائه في الاستئناف ، وإن كان نهائياً حتى يزول بتقضيه أو بقبول التماس إعادة النظر فيه <sup>(١)</sup> .

وقوة الأمر المقضى مرتبة يصل إليها الحكم إذا أصبح نهائياً غير قابل للمعارضة ولا للاستئناف ، أي غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن الاعتيادية ، وإن ظل قابلاً للطعن فيه بطريق غير اعتيادي .

ويجب التمييز في كثير من النماذج بين حجية الأمر المقضى وقوة الأمر المقضى ، فكثيراً ما يقع الخلط بينهما في الفقه والقضاء والتشريع <sup>(٢)</sup> ، وكثيراً ما تستعمل

(١) وحجية الأمر المقضى معنى آخر في القانون الفرنسي : قابلية الحكم للتنفيذ إلى أن يلحق فيه . ذلك أن الأحكام في القانون الفرنسي تكون قابلة للتنفيذ إلى أن يلحق فيها ، فالذي يقف تعديلاً ليس هو مبادىء الطعن بل هو الطعن ذاته (دعوى باج ٣ بقعة ٩١٠ ص ٩٢٧ - ٩٢٨ ص ٩٢٨) . ويقول دى باج في موضع آخر (جزء ثالث بقعة ٩١٠ ص ٩١٢) إن الحكم القابل للطعن فيه تكون له حجية الأمر المقضى بالمعنيين ، فهو حجة على الخصوم وقابل للتنفيذ . فلذا ما ملن فيه فضلاً ، زال المنع الثاني - القابل للتنفيذ - وبقي المنع الأول ، إذ يكون حجة على الخصوم إلا أن يؤدي الملن إلى إلغائه (انظر أيضاً في هذا المنع أوبري ورو ١٢ بقعة ٧٩٩ ص ٤٥١ وعلمى رقم ١١٦ مكرور) .

(٢) ومن أسباب هذا الخلط ما يرجع إلى لغة القانون الفرنسي . فالحكم القطعي (définitif) يحوز الصبغة (autorité) ، والحكم النهائي (définitif) يحوز القوة (force) ، فوقع الخلط من استعمال لفظ (définitif) بمعنى القطعي والقبالي في وقت واحد .. أملاً في لغتنا العربية =



إحدى المبادئ ويكون المقصود بها العبارة الأخرى . والقضين المبنى الجديد نفسه قد وقع في هذا الخلط حين قال في الفقرة الأولى من المادة ٤٠٥ : « الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي ، وهو يقصد وجبة الأمر المقضي (١) » . فالحكم القطعي ، نهائياً كان أو ابتدائياً ، حضورياً أو غيابياً ، ثبت له حجية الأمر المقضي كما قدمنا ، لأنه حكم قضائي فصل في محصورة . ولكن هذا الحكم لا يجوز قوة الأمر المقضي إلا إذا أصبح نهائياً غير قابل للمعارضة ولا للاستئناف ، بأن كان في ذاته غير قابل للطعن ، أو كان يقبل الطعن وانقضت مواعيده ، أو طعن فيه ورفض الطعن . ففي جميع هذه الأحوال يكون الحكم نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي ، ولو كان قابلاً للطعن بطريق غير اعتيادي كما أسلفنا . أما إذا كان الحكم قابلاً للمعارضة أو للاستئناف فانه لا يجوز قوة الأمر المقضي ، ولكن تكون له حجية الأمر المقضي ، وتبقى هذه الحجة قائمة ما دام الحكم قائماً ، حتى لو طعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف (٢) . فإذا أُلغيت نتيجة للطعن ، زال وزالت معه حجيته . أما إذا تأيد ، ولم يعد قابلاً للمعارضة ولا للاستئناف ، بقيت له حجية الأمر المقضي وانضافت لها قوة الأمر المقضي . ومن ثم يتبين أن كل حكم يجوز قوة الأمر المقضي يكون حتماً حائزاً لحجية الأمر المقضي ، والمكس غير صحيح . ويتبين كذلك أن الحكم القطعي في أدنى مراتبه - وهي مرتبة الحكم الابتدائي الغيابي - يكون : (أولاً) له حجية الأمر المقضي ، ولا تزول هذه الحجية إلا بإلغاء الحكم عن طريق الطعن فيه . (ثانياً) ليست له قوة الأمر المقضي ، إلى أن يصبح نهائياً (passé en force de chose jugée) ،

= فسهل التمييز بين الحكم القطعي ويجوز الحجة دون القوة ، والحكم النهائي ويجوز الحجة والقوة معاً .

(١) وكثيراً ما ترم لغة الأحكام القضائية أن الحكم لا يجوز حجية الأمر المقضي إلا إذا أصبح نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي : انظر استئناف مخطوط ١٢ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١١٤ - ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٥ - ١٤ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٢٥ - ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٤ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٥٧ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٢ - ٢١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٦ .

(٢) ومع ذلك انظر استئناف مخطوط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٣ (وهو يوافق حجية الحكم بمجرد الطعن فيه ، فإذا ما قبل الطعن زالت الحجة نهائياً) .

فيحوز هذه القوة بالإضافة إلى الحجية . (ثالثاً) على أن الحكم ، حتى إذا وصل إلى عمله المرتبة من القوة ، يبقى ، بالرغم من حيازته لحجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي ، معرضاً للإلغاء عن طريق ظن غير اعتيادي . فإذا لم يبلغ ، أو فاته الميعاد دون أن يظن فيه ، أو كان منذ البداية غير قابل للظن فيه . بطريق غير اعتيادي ، استقرت له الحجية والقوة على وجه غير قابل للزوال<sup>(١)</sup> و(٢) .

(١) ويلعب رأى إلى أن الحكم ، حتى في هذه المرتبة القصوى من الحجية والقوة ، يحرز إلغائه بدعوى بطلان (action en nullité) إذا ثبت أن الخصم قد حصل عليه بطريق الغش ، وذلك تطبيقاً لقاعدة التي تنص بأن الغش يفسد العمل (fraus omnia corrumpit) ( بلانول وريير وجابورك ٧ فقرة ١٥٥٤ ص ١٠١٧ حاشي رقم ٤ وقد أشير إلى حكمين من محكمة النقض الفرنسية : ٦ ديسمبر سنة ١٨٥٩ فالقوز ٦٠ - ١ - ١٧ - ١٦ فبراير سنة ١٩٢١ سميه ١٩٢١ - ١ - ٣٦٤ ، وإلى حكم من محكمة الاستئناف المخططة : ١٩ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٨ ص ١٨١) . انظر أيضاً الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٨٧ حاشي رقم ٣ - أما القضاء المخطط الذي أشار إليه بلانول وريير وجابورك فيما قدمننا ، فبعض أحكامه تتميز بإلغاء الحكم الملقوب بالغش عن طريق دعوى بطلان أصلية : استئناف مخطط ٢٧ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٩٥ - ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٥ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٦ - ٢٢ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٢ - ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨١ وهو الحكم الذي أشير إليه - ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٩٩ . وأحكام أخرى لا تميز الظن في الحكم عن طريق دعوى بطلان أصلية حتى لو كان هذا الحكم مشوباً بالغش ، فلا يظن في الحكم إلا بطرق الظن التي قررهما القانون لا بدعوى البطلان ، وإذا كانت طرق الظن هذه قد استنفدت جميعها ، لم يبق للخصم إلا أن يرفع دعوى تمويش مبتدأة عن الضرر الذي لحق به بسبب الغش : استئناف مخطط ١٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٨٨ - ٨ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٢٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٥٣ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٧٩ - ٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٧٣ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٧ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٠ - ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٠١ - ١٩ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٨ .

(٢) وإلى جانب حجية الأمر المقضي (autorité de la chose jugée) وقوة الأمر المقضي (force de la chose jugée) يوجد قوة الحكم في الإثبات (force probante du jugement) : فالحكم بما يقتضيه عليه من وقائع (qualités) وأسباب (motifs) وخطوط (dispositif) وثيقة دسمة لا تقل في قوة الإثبات من الأوراق الرسمية الأخرى . وهو هذا المعنى حجية كل الكافة لا على الخصوص فحسب . فإدونه للقاضي من الوقائع على أنه وقع تحت سمه أو بصره لا يجوز إثبات منكمه إلا عن طريق الظن بالتزوير . وما أدونه رواية عن الغير يعتبر صحيحاً إلى أن يثبت

### ٣٤٣ - الرفع بحجية الأمر المقضى والتحكيم بحجية الأمر المقتضى:

والتي تنف عنده هو حجية الأمر المقضى ، فهو وحده الذى يمتينا هنا (١) .

فلتحكم حجية على الخصوم تمنع من طرح النزاع بينهم من جديد . وفى صدر حكم ، ولو كان حكماً ابتدائياً غيائياً ، وجب على الخصوم احترامه ، فلا يجوز لأحد منهم أن يحدد النزاع بدعوى مبتدأة . ولو رفعت هذه الدعوى لم يجز قبولها ، بل تدفع بحجية الأمر المقضى ، ويطلب الحكم بعدم جواز سماعها لسبق الفصل فيها . ولكن حجية الأمر المقضى لا تمنع من الطعن فى الحكم بالطرق المقررة ، سواء كانت طرقاً عادية أو طرقاً غير عادية . وعند ذلك يطرح النزاع

مع حكمه ، ويجوز الإثبات هنا بجميع الطرق ، لأن صاحب الشأن لم يشترك فى تحرير الحكم فهو من الغير . وأسباب الحكم بعضها يتصل اتصالاً وثيقاً بالمنطوق على ما سنبين لبعض جزئاً منه ، وبعضها يبق منفصلاً عن المنطوق ويعتبر من بين أدلة الإثبات التى يقدر القاضى دلالتها وتوحيدها كما يقدر أى دليل آخر . أما منطوق الحكم فهو أيضاً حجة على الحكامة ، لا على الخصوم نسب . ولكن لغير الخصوم ، من يصرى فى حكمهم الحكم ، يحضى هذه الحجة بإثبات حكمها ، إما من طريق دعوى جديدة ، وإما من طريق اعتراض الخارج من الخصومة (dove-opposition) . ويتبين ما تقدم أنه يجوز شكك الاستئناف ، وهو تليد الحكم الابتدائى ، أن تميل على ما جاء فيه ، وأن تصنف من أسبابها أسباباً لحكمها باعتبار أن هذه الأسباب أدلة إثبات اقتضت بها شكك الاستئناف (بلايرول وديير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٣ ص ١٠١٦ عالمى رقم ٢ - وقد أثير إلى حكم شكك النقض المقررة فى هذا المعنى : ١٤ يولييه سنة ١٩٥٠ عالمى ١٩٥٠ - ٣٢٠) . ولقد شكك النقض فى مصر بأن شكك الاستئناف ، إذا تم تليد الحكم الابتدائى ، أن تميل على ما جاء فيه ، سواء فى بيان وقائع الدعوى أو فى الأسباب التى أقيم عليها من كانت تكفى لحله . وإن لم يكن كان الحكم الاستئنافى ، إذا أيد الحكم الابتدائى فيها قضى به من نفس دعوى الطاعنين وأحال على أسباب هذا الحكم الأخير ، قد استند إلى أن الطاعنين لم يقدروا أن يستأنفوا جديداً يبرخ العلول من الحكم الابتدائى ، وكانت هذه الأسباب قد تضمنت بياناً كافياً لوقائع الدعوى ، وكان من شأن هذه الأسباب أن تؤدي إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم ، وكان دفاع الطاعنين أمام المحكمة الاستئنافية لا يفرج فى جوهره عنه أمام المحكمة الابتدائية ، وكانوا لم يقدموا صورة رسمية من صحيفة استئنافهم لتأييده ما يدعون من أنهم استأنفوا إلى أسباب جديدة لم يبق عرضها على محكمة الدرجة الأولى ، ما يبرخ عنه حجة غير مخرقة ما ثالثت شكك الاستئناف من أنهم لم يقدروا جديداً أن يستأنفهم ، فإن الطعن فى الحكم الاستئنافى لتصوره يكون على غير أساس (نقض على ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥١ ص ٢٦٤) .

(١) وبالمضى الأول ، أى أن يكون الحكم حجة على الخصوم ، لا بالمضى الثانى وهو قابلية الحكم للتبدي .

من جديد أمام القضاء ، المحكمة ذاتها التي أصدرت الحكم أو محكمة أعلى ،  
لتؤيد الحكم أو تلغيه . ولكنها في الحالتين لا تكون قد أصدرت حكماً قائماً إلى  
جانب الحكم الأول ، فهي إذا أيدته بقى الحكم واحداً ، وإذا ألغته زال الحكم  
الأول وبقى الحكم الثاني وحده . فالذي لا يجوز : بمقتضى حجية الأمر المقضى ،  
هو رفع دعوى مبتدأة بالخصومة ذاتها ، أو رفع دعوى يبطال الحكم الذي  
ثبتت له الحجية<sup>(١)</sup> . بل إنه لا يجوز ، بعد أن تدفع الدعوى الجديدة بحجة الأمر  
المقضى ، أن يطلب المدعى استجواب خصمه للحصول منه على إقرار بأن الحكم  
الذي صدر في الدعوى الأولى غير صحيح ، أو أن يوجه إليه اليمين الحاسمة ليحلف  
على أن هذا الحكم صحيح فيها يعلم ، فالحكم عنوان الحقيقة ، ولا تخفى حجيته  
حتى بالإقرار أو اليمين<sup>(٢)</sup> .

وقد أخذ الفقه أخيراً يميز ، في حجية الأمر المقضى ، بين الدفع بهذه الحجية  
وبين التمسك بها . فهذان شيان منفصلان . الأول هو ، كما رأينا ، دفع موضوعي  
يهدف إلى عدم قبول الدعوى الجديدة ، والمدعى عليه هو الذي يدفع به هذه  
الدعوى . أما الثاني فليس يدفع ، بل هي حجية الأمر المقضى ذاتها يتمسك بها  
المدعى في دعوى يقيمها هو . فقد يكون مجنياً عليه في جريمة ومصدر حكم جنائي  
بإدانة المتهم ، فيتمسك في دعوى التعويض المدنية التي يرفعها ضد المحكوم عليه  
بحجية الحكم الجنائي فيها يتعلق بالوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله  
فيها ضرورياً ( م ٤٠٦ مدني ) . وقد يستصدر حكماً من المحكمة الشرعية بثبوت  
نسبه من المورث في مواجهة الورثة ، ثم يرفع على هؤلاء الورثة دعوى استحقاق  
لتنصيبه في الإرث ، يتمسك فيها بحجية الحكم الصادر من المحكمة الشرعية .  
في الحالتين يتمسك بحجية الأمر المقضى كدع - ولا يدفع بها كمدعى عليه -  
أمام المحكمة المدنية . غير أنه في الحالة الأولى يتمسك بحجية الأمر المقضى في حكم

(١) أما إذا كان الحكم قد شابه الفسخ فهناك قول بجواز رفع دعوى البطلان ، وقد سبق أن  
أشرنا إلى إعطاف أحكام القضاء المخطئ في هذه المسألة .

(٢) ويقول من يبالغ بأنه لا يصح الطعن في إيراد أهمية عدم جواز دفع حجية الأمر المقضى  
بالإقرار واليمين ، فالأمر في ذلك لا يمتد أن يكون مألوماً ، إذ اليمين هنا لا يجوز توجيهها  
لن صدر الحكم لخصمه ، فثبت لا يستطيع أن يحلف على صحة الحكم وهو أمر لا يتعلق بخصمه  
بل يتعلق بالخاص ، أما بالنسبة إلى الإقرار فيصعب أن تصور المحكوم له يقر بعدم صحة  
الحكم الصادر لخصمه ( ص ٣ پاچ ٩٤٢ فقرة ٩٤٦ ) .

صلو من محكمة جنائية ، وفي الحالة الثانية يتمسك بهذه الحجة في حكم صغر من محكمة شرعية . ويجوز أن يتمسك بهذه الحجة أمام المحكمة المدنية في حكم صدر من محكمة مدنية أخرى . ويتحقق ذلك في الفرض الآتي : يحصل المشتاجر على حكم بصحة عقد الإيجار في مواجهة المؤجر ، وقيل أن يتسلم العين المؤجرة يبيعها للمؤجر من آخر ، فيرفع المشتاجر دعوى على المشتري يطالبه فيها بتسليمه العين ، ويتمسك في هذه الدعوى بحجة الحكم الصادر بصحة عقد الإيجار في الدعوى السابقة (١) .

وقد قيل ، إمعاناً في التمييز بين التمسك بحجة الأمر المقضى والدفع بهذه الحجة ، أن لكل منهما شروطاً تتميز عن شروط الآخر . فالشروط الواجب توافرها في الحكم لتثبت له الحجة ، وسنذكرها فيما يلي ، هي شروط التمسك بحجة الأمر المقضى . أما شروط الدفع فهي الشروط الواجب توافرها في الخصوم والمحل والسبب ، التي سبرد ذكرها تفصيلاً . وقيل أيضاً أن هناك أحكاماً يمكن فيها التمسك بالحجة دون الدفع ، وهي الأحكام التي يقتصر فيها التقاضي على أن يقرر ثبوت بعض الوقائع أو نفيها دون إصدار أمر إلى الخصوم ، كالحكم بصحة التوقيع والحكم بصحة التعاقد . وعلى العكس من ذلك هناك أحكام يمكن فيها استعمال الدفع دون التمسك بالحجة ، وهي الأحكام التي يقتصر فيها التقاضي على إصدار أمر للخصوم دون أن يقرر شيئاً من حيث ثبوت الوقائع المتنازع عليها أو نفيها ، كالحكم بتعيين غير أو بالإحالة على التحقيق أو بفرض نفقة مؤقتة (٢) .

على أننا لا نرى الإغراق في التمييز ما بين الدفع بحجة الأمر المقضى والتمسك بهذه الحجة . فهما وجهان متقابلان لشيء واحد . وحجة الأمر المقضى قد يتمسك بها المدعي كما رأينا في الأمثلة المتقدمة ، وقد يتمسك بها المدعى عليه كمن يطلب فيه عدم جواز سماع الدعوى لسبق الفصل فيها وهذا ما يقع في

---

(١) انظر ميدان ويرد ٩ فقرة ١٣٣٦ : ويقولان إن الدفع بحجة الأمر المقضى سبق في الظهور التمسك بحجة الأمر المقضى .

(٢) انظر في هذا المدعي الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٦٦ ص ٢٢٩ وفقرة ١٧٣ ص ٢٩٥ .

الغالب : وفي الحالين تبقى حجة الأمر المقتضى شيئاً واحداً ، له شروط واحدة ،  
دفعاً كان أو غير دفع<sup>(١)</sup> .

٣٤٤ - الأساس الذي تقوم عليه حجة الأمر المقتضى : تقوم  
حجة الأمر المقتضى ، دفعاً كانت أو غير دفع ، كما صورها المشرع في التقنين  
المصري ، على أساس قرينة قانونية قاطعة ، ما في ذلك من شك . فقد  
جاء نص المشرع صريحاً في هذا المعنى ، إذ يقرر أن الأحكام التي حازت قوة  
الأمر المقتضى تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل  
ينقض هذه القرينة . فالمشرع يفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن الحكم  
هو عنوان الحقيقة ، وأن الحقيقة القضائية قرينة قاطعة على الحقيقة الواقعة  
(*Res judicata pro veritate habetur*) . قد تنحرف الحقيقة القضائية ،  
في القلة النادرة من الأحوال ، عن الحقيقة الواقعة ، ولكنها في الكثرة الغالبة  
من الأحوال تطابقها . فتقوم القرينة إذن - ككل قرينة قانونية أخرى - على  
الراجح الغالب الوقوع . ووجب أن تكون هذه القرينة قاطعة لا يجوز دحضها ،  
بصريح النص ، لاعتبارين أساسيين :

(الاعتبار الأول) أن الحكم متى فصل في خصومة كان لابد من الوقوف  
عنده ، لوضع حد لتجدد الخصومات والمنازعات . فلا يجوز الخصم المحكوم  
عليه أن يعيد طرح النزاع على القضاء بدعوى مبتدأة . ولو صح القانون بذلك  
لما أمكن أن يقف عند حد . إذ يصبح لكل من الخصمين أن يجدد النزاع مرة  
بعد أخرى : هذا يحصل على حكم لمصلحة ، ثم يعيد خصمه طرح النزاع بدعوى  
جديدة وقد يحصل هو الآخر على حكم لمصلحته ، ثم يعود الخصم الأول إلى  
تجديد النزاع ليحصل على حكم ثالث ، وهكذا . فتتأبد الخصومات والمنازعات ،  
وليس هذا من مصلحة الناس في شيء .

(الاعتبار الثاني) أنه إذا صح القانون بتجديد النزاع بدعوى مبتدأة ، لجاز

---

(١) انظر بديان وبرو ٩ فقرة ١٢٢٦ - وقارن التمييز بين حجة الأحكام أو قوتها في  
الإثبات بوجه عام وبين أثر الأحكام الملزم أو الدفع سبق الفصل مع الأستاذ سليمان مرقس  
في أصول الإثبات فقرة ١٢٦ - فقرة ١٢٢ .

لكل من الخصمين أن يحصل على حكم يتعارض مع الحكم الذي حصل عليه  
التصميم الآخر . فقوم أحكام متعارضة في ذات النزاع وبين نفس الخصوم .  
ولا شك في أن هذا التعارض يجعل من المتصلر تنفيذ الأحكام القضائية ،  
إذ لا يعرف على وجه اليقين من من الخصمين صاحب الحق ، فكل منهما قد  
قضى لصالحه . هذا إلى أن التعارض ما بين الأحكام من شأنه أن يفض من  
كرامة القضاء ، وأن يفقده احترامه في النفوس <sup>(١)</sup> .

والصحيح أن حجة الأمر المقضي ، كما قلنا ، قاعدة موضوعية

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « وقوم  
حجة الشيء المقضي به هو ما يفرسه القانون من صفة مطلقة في حكومة القاضي . فهذه الحجة  
تفترض تنازماً بين المصالح يستتبع التراجع إلى القضاء ، وليس شك في أن صفة الحكومة للتجبر  
حيث تقتضيه طبيعة الأشياء . ذلك أن القضاء يوزع الصفة ، شأنهم في هذه الناحية شأن البشر  
كافة ، بيد أن المشرع أطلق قرينة الصفة في حكومة القاضي رعاية لحسن سير العدالة واتقاء لتأيد  
الخصومات . فأساس هذه القرينة هو النص المقرر لحجية الشيء المقضي به ، وقد نصت المادة  
٢٩٧/٢٣٢ من القانون المدني ( السابق ) صراحة على أنه الأحكام التي سارت انتهائية تكون  
أحجة بالخطوق الهاتئة بها ، ولا يجوز قبول إثبات ما يخالفها » . ويرى الشارع من وراء تقرير  
حجة الشيء المقضي به إلى كفاية حسن سير العدالة وضمان الاستقرار من الناحيتين الاقتصادية  
والاجتماعية . فحكومة القضاء يجب أن تضع حداً لكل نزاع مادامت طرق الطعن المقررة له  
اعتقدت بإزائها ، ويجب كذلك أن تكون بمن من التعارض مع حكومة لاحقة ، وهو أمر  
يصح بغير التفرع لو أصبح حود الخصوم أنفسهم إلى حين الدعوى التي قضى فيها نهائياً .  
وينص أثر القرينة القانونية الخاصة بحجة الشيء المقضي به في تحويل الخصوم حق « الدفع  
سبق الفصل » وتحويل المحاكم حق إثباته من تلقاء نفسها ( وهذا عكس ما تقر في المشروع  
التمهيد ) . ويراعى أن هذا الدفع يعتبر دفلاً قطعياً بعدم القبول ، يترتب عليه امتناع القاضي  
بالتسليم لكل طلب أو ادعاء جديد بين الخصوم أنفسهم متى اتجه مع سابق الفصل فيه سبياً  
وموضوعياً . وعلى هذا النص ينتج على الخصوم التراجع إلى القضاء لإعادة طرح نزاع سبق الفصل  
فيه » ( مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٤٢١ - ص ٤٢٢ ) .

هذا ويلاحظ أن المشروع الأول للإثبات - الذي تكررت الإشارة إليه - كان يتضمن  
لصاً ( المادة ٢٩ من هذا المشروع ) يقضي بأن حجة الأمر المقضي من النظام العام . وقد برز  
أثر هذا النص في المذكرة الإيضاحية حيث تقول : « وتحويل المحاكم حق إثباته من تلقاء  
نفسها » . ولكن المشروع التمهيد أعطى بوجوه النظر العكسية ، وقرر أنه « لا يجوز للمحكمة  
أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها » . وبالرغم من ذلك لم تبدل المذكرة الإيضاحية الفصل  
الذي يسلمر ما أعطى به المشروع التمهيد ( انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات  
ص ٢٩٢ طبع رقم ١ وص ٢٩٩ طبع رقم ٢ ) .

(régie de fonds) العلة فيها قد اخضت، ولم تعد بارزة كما تبرز العلة إلى جانب القرينة القانونية. وهى، ككل قاعدة موضوعية أخرى، قد استغرقت عليها، ولم يعد للعللة محل للعمل معها. فالمرشع، عندما يقرر حجية الأمر المقضى، يقرر - كما يقرر فى أية قاعدة موضوعية - أن الحقيقة التى قررها الحكم هى الحقيقة الواقعة، ما فى ذلك من معنى ولا من مناص، كما يقرر أن حائز المنقول مالك له، وأن من حاز عقاراً مدة معينة يكون هو المالك، وما إلى ذلك من القواعد الموضوعية التى سبقت الإشارة إليها. والذى يقطع فى أن حجية الأمر المقضى ينبى أن تكون قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية، أن هذه الحجة لا تنحصر، كما رأينا، لا بالإقرار ولا باليمين<sup>(١)</sup>. وهذه علامة حاسمة على أنها قاعدة موضوعية، فالقرائن القانونية ولو كانت قاطعة تدحض دائماً، كما قدمنا، بالإقرار واليمين<sup>(٢)</sup>.

ومهما يكن من أمر، فالمرشع هو الذى يمسك بزمام القواعد الموضوعية والقرائن القانونية، كما سبق القول، وقد رأى أن يجعل من حجية الأمر المقضى قرينة قانونية، فلا بد من التسليم بهذا التكييف، وقد مضت الإشارة إلى ذلك<sup>(٣)</sup>.

(١) وحتى لو سائرنا رأى الذى يلحق إلى أن القرينة القانونية القاطعة لا يجوز دحضها بالإقرار واليمين إذا كانت متعلقة بالنظام العام، فإن حجية الأمر المقضى لا تعتبر من النظام العام، فإما هو مقتضى نص الفقرة الثانية من المادة ٤٠٥، فكان الواجب إذن جواز دحضها بالإقرار واليمين لو أنها كانت قرينة قانونية. وسنرى فيما يلى أن حجية الأمر المقضى ليست من النظام العام فى المسائل المدنية.

(٢) يبدان دبرو ٩ فقرة ١٣٣٧ - النيكلويدي دالوز ١ لفظ Chose jugée فقرة ٢ - ديكونتينس فى القرائن فى القانون الخاص فقرة ٤٩ ص ١١٠ - ص ١١٦ (ويبحث بنوع خاص أهمية القول بأن حجية الأمر المقضى قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية من ناحية تنطبق الأحكام الأجنبية).

(٣) هذا ولا يجعل الفقه الإسلامى مبدأ حجية الأمر المقضى. جاء فى الأشياء والنظائر (ص ١٢٦ - ص ١٢٧): «لا يصح رجوع القاضى من قضائه، فلو قال رجعت من قضائه، أو وقتت فى تلبس الشهود، أو أبطلت حكمي، لم يصح، والقضاء ماض، كما فى الخاتمة. وتقدم فى الخلاصة بما إذا كان مع شرائط الصحة، وفى الكثر بما إذا كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة». وجاء أيضاً فى الأشياء والنظائر فى مكان آخر (ص ١١٩): «المرضى عليه فى حادثة لاتسح دعواه ولا يبيت، إلا إذا ادعى تلقى الملك من المدي أو التنازع أو برهن»



### ٣٤٥ - حجية الأمر المقضي ليست من النظام العام في المسائل

المردية : قد يبدو لأول وهلة ، بعد أن استعرضنا الاعتبارين الأساسيين اللذين تقوم عليهما حجية الأمر المقضي ، أن هذه الحجية هي من النظام العام ، فوضع حد لتجدد الخصومات ، وعدم جواز قيام أحكام متعارضة مما ينقض من كرامة القضاء ، كل هذه اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة .

ولولنا إن حجية الأمر المقضي هي من النظام العام لترتب على ذلك أن الخصوم لا يمكن أن يكون النزول عن التمسك بها ، وأنه يجوز للقاضي إثارة هذه الحجة من تلقاء نفسه دون أن يتمسك بها الخصوم ، بل ويجوز للخصوم أن يتمسكوا بها لأول مرة أمام محكمة التقض . أما إذا لم تتعلق حجية الأمر المقضي بالنظام العام ، فإن عكس هذه النتائج هو الذي يترتب : فيجوز للخصوم النزول عنها ، ولا يجوز للخصوم أن يتمسكوا بها لأول مرة أمام محكمة التقض .

هناك مسألة انعدت عليها الإجماع ، هي أن حجية الأمر المقضي تعتبر من

---

= على إبطال القضاء ، كما ذكره المبادئ ، والفتح بعد القضاء بواحد ما ذكر مسيح وينقض القضاء . فكما يسع الدفع قبله يسع بعده ، لكن بهذه الثلاث . . والنظر في أن قضاء القاضي لا ينقض يرجع القاعد من شهادته بعد القضاء ، حتى قبل الإضاء ( أي تنفيذ الحكم ) ، إلا في القصص والحدود لأنها تعدأ بالشبهات ، إلى الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٤٠٤ - ص ٤٠٧ .

ولكن يرد على مبدأ حجية الأمر المقضي في الفقه الإسلامي استثناءات بلغت من الكثرة حداً جعل الفكرة السائدة أن الفقه الإسلامي لا يقر المبدأ ذاته . ويذكر الأستاذ موران (Morand) في كتابه « دراسات في الفقه الإسلامي الجزائري ص ٣٣٧ - ص ٣٥٧ ) أن الفقه الإسلامي يقر مبدأ حجية الأمر المقضي ، وأن القول بنقض ذلك سببه كثرة الاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ ، وأن المبدأ ذاته ليس من النظام العام كما هو الأمر في الفقه الحديث على ما سترى . فلو صدر حكم في قضية ، وحاد المحكوم عليه إلى دفعها من جديد ، ولم يتمسك المحكوم له بحجية الأمر المقضي ، أهد القضاء النظر في القضية لأنه لا يستطيع أن يثير هذا الدفع من تلقاء نفسه . أما إذا تمسك المحكوم له بحجية الأمر المقضي ، فإنه يجب على القاضي أن يحميه إلى طلبه . ويقول الأستاذ موران بحق أن الاستثناءات الكثيرة التي ترد على المبدأ ليست في الواقع إلا وجوهاً للظن في الحكم تقابل وجوه الظن المعترف بها في القوانين الحديثة ( انظر أيضاً في هذه المسألة رسالة مارنير (Marner) في نظرية الإثبات في الفقه الإسلامي ص ٣١١ - ص ٣٢٣ ) .

النظام العام في المسائل الجنائية <sup>(١)</sup> ، أى في حكم يصدر من محكمة جنائية وبحكم به أمام محكمة جنائية . والعملة في ذلك ظاهرة . فان الحكم الذى يصدر في جريمة بالإفانة أو بالبراءة يضى النظام العام في المقام الأول ، ولا يجوز أن يترك أمر هذا الحكم للخصوم بتصرفون فيه كما يشاؤون . بل متى صدر الحكم الجنائى وجب أن تكون له حجية مطلقة ، لا بالنسبة إلى الخصوم فحسب ، بل أيضاً في حق الكافة (erga omnes) . ذلك أن المتهم إنما يدان أو يبرأ باسم المجتمع ولمصلحة المجتمع العليا ، فالمجتمع ممثل دائماً في المحاكم الجنائية . ولهذا المحاكم سلطة واسعة في تحرى الحقائق ، فما تكشفه منها يكون أقرب إلى الصدق ، وهو حجة على المحاكم المدنية والجنائية ، بل هو حجة على الناس جميعاً <sup>(٢)</sup> . ومن ثم كان للقاضي في الدعوى الجنائية أن يثير من تلقاء نفسه حجة الأمر المقضى ولو لم تتسك بها الخصوم ، ويجوز للخصوم التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض <sup>(٣)</sup> ، ولا يجوز لهم النزول عنها .

أما في الدعوى المدنية ، ولو كانت تنظر أمام المحاكم الجنائية ، فيكاد الإجماع يفتقد على أن حجة الأمر المقضى ليست من النظام العام <sup>(٤)</sup> . بل هي لا تملو أن

(١) استئناف مخطط ١٠ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٨ .

(٢) دى پاچ ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٤٤ .

(٣) استئناف مخطط ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٩ ص ١٣ .

(٤) فلنا يكاد ، لأن هناك رأياً مرجحاً يعتبر حجة الأمر المقضى من النظام العام في الدعوى المدنية ، فيجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ، ويجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ، ولا يجوز النزول عنها ( استئناف أهل ٢٨ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٩٤ — ١٥ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ١٨٣ — محكمة الزقازيق الجزئية ٢٠ مايو سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٤ رقم ١٣٣ ص ٤٠٩ — استئناف مخطط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٢ ) .

عل أن التسليم بأن حجة الأمر المقضى قرينة لا يجوز نقضها لا بالإقرار ولا بإمين لا يجل القول بأن هذه القرينة ليست من النظام العام مستقيماً من الناحية الفقهية . فالقرائن التي لا يجوز نقضها لا بالإقرار ولا بإمين لا بد أن تكون من النظام العام . ومن ثم اضطرب الأمر وتضاربت الآراء في تعليل هذا التضارب .

فرأى يذهب إلى أن حجة الأمر المقضى ، بالرغم من أنها شرعت لمصلحة عامة من الناحية الاجتماعية (intérêt général d'ordre social) ، إلا أنها لا تملو أن تملو في النظام العام (ordre public) إلا من ناحية عدم جواز دحضها بالإقرار وإمين (دى پاچ ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٤٤ —

تكون دليلاً على الحق، والمصمم يملك الحق نفسه ، وبملك التزول عنه ، ويستطيع أن يفتق مع خصمه على الطرق التي تتبع لإثباته كما قلنا . فيجوز إذن للمصمم أن ينزل من حجة الأمر المقضي<sup>(١)</sup> ، ولا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه

- ص ٩٤٦ - أوبري وردو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٥٧ - ص ٤٥٨ - لوران ٢٠ فقرة ١٢٥ - بلانول وبيير وجابوله ٧ فقرة ١٥٥٢ ص ١٠١٥ - ص ١٠١٦ - جازنولي وسيز أندري ٢ فقرة ٧٠٣ وحاشي رقم ٥ - الأستاذ بيلمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٧٤ .

ورأى آخبر يذهب إلى أن حجية الأمر المقضي من حيث إنها قرينة قانونية تعبر عن النظام العام فلا تدحض حتى بالإقرار أو التمين ، ومن حيث إنها دفع لا تعبر عن النظام العام فلا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ولا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ويجوز الخصوم النزول عنها . وكنا من القائلين بهذا الرأي في الموجز ( ص ٧٣١ حاشي رقم ٢ - ويذهب الأستاذ أسعد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٧٣١ - فقرة ٧٣٢ إلى أن حق الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه مبنى على النظام العام ، إلا أن الدفع ذاته ليس من النظام العام ) . ويلاحظ على هذا الرأي أنه ما دام الدفع مترتباً على القرينة ، وما دامت القرينة من النظام العام ، فكان الواجب أن يكون الدفع هو أيضاً من النظام العام .

والذي يزيل التمازح في نظرنا هو أن حجية الأمر المقضي ، كما مضى لنقول ، قاعدة موضوعية (règle de fond) . لا قرينة قانونية من قواعد الإثبات (règle de preuve) . وهي في الوقت ذاته قاعدة ليست من النظام العام ، لأنها إنما تنص بمصالح الأفراد الخاصة ولا تتعلق بمصلحة المجتمع العليا . فهي كقاعدة موضوعية لا تدحض بالإقرار أو التمين ، وهي كقاعدة ليست من النظام العام لا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه ولا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض ويجوز للخصوم النزول عنها . ثم هي دفع موضوعي لا دفع شكل ، وحسبم جاز إبداء هذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ( لا أمام محكمة النقض ) ، ولو كان الدفع شكلياً لسقط حق التمسك به إذا لم يبد قبل الدخول في الموضوع ( استئناف مخطوط ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٧ ) .

(١) صراحة أو ضمناً ، متى زل الخصم عنها فلا يجوز له الرجوع فيها: نزول . وقد نصت محكمة النقض بأن التنازل للبات عن الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه لا يجوز الرجوع فيه ، إذ أن هذا الدفع ليس من النظام العام ، ولا هو وسيلة من وسائل الدفاع يتركها صاحبها ببشئته ، بل هو حق من الحقوق الخاصة إن شاء صاحبه استمسك به أو شاء عدل عنه . وليس للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه . فإذا ما تنازل عنه صاحبه فلا سبيل له للرجوع إليه ، لأن التنازل عن الحق هو عمل فردي لم يلزم لصاحبه بدون حاجة إلى قبول يصدر من الآخر . وإذا استتبعت محكمة الموضوع تنازل أحد الخصوم عن الدفع بقوة الشيء المحكوم فيه من عبارة صدرت منه صالحة لإنفاذه هذا التنازل ، فلا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك ( نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٢٣ مجوعة عمر ١ رقم ٩٠ ص ١٦٢ ) . انظر أيضاً محكمة النقض ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ المجوعة الرسمية ١٦ رقم ٦٠ ) .

إظام يتمسك بها الخصم<sup>(١)</sup> ، ولا يجوز للخصم التمسك بها لأول مرة أمام محكمة التقض<sup>(٢)</sup> ، وإن كان يجوز له التمسك بها في أية حالة كانت عليها الدعوى أمام

(١) وقد نقت محكمة كنفش بأن حجية الأحكام يجب لاعتبارها أن يتمسك بها ذوو الشأن .  
لأنها كانت انتهت بالحكم أن النزاع في صحة عقد الإيجار قد أثر أمام المحكمة ، فكان ردّها في خصوصه رداً موضوعياً مبدأً على أن العقد صحيح ملزم ، دون أية إشارة إلى حصول تمسك من الخصوم بحجية حكم سابق قضى بصحة هذا العقد ، فإن استناد المطعون عليه إلى هذا الحكم السابق في طلب إيراد الحكم المطعون فيه لا يكون له محل ( نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ بمجموعة محر ٥ رقم ١٥٨ من ٢٥٤ مع تطبيق الأستاذ محمد حامد فهمي في هامش ص ٣٥٦ ) .  
انظر أيضاً : استئناف أهل ٢٨ فبراير سنة ١٩١٤ للشرائع ١ ص ٢٩٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩١٥ للشرائع ٢ ص ١٨٣ - سطحا ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ ص ١٢ - استئناف ضبط ٢٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٧ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٢ .

(٢) نقض جنّال ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ الحامدة ٢١ رقم ٣٠٢ ص ٦٩٠ . نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ بمجموعة محر ٥ رقم ١٥٨ من ٢٥٤ ( وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه ) - انظر أيضاً بلانول وريير وجابوله ٧ فقرة ١٥٥٢ ص ١٠١٦ هامش رقم ٢٠ .  
هذا ويلاحظ أن المادة ٤٠٦ من تقنين المرافعات تنص على أن : الخصوم أن يطنوا أمام محكمة التقض في أي حكم نهائي - أي كانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشيء المحكوم به *( passé en force de chose jugée )* ، سواء أطلع بهذا الدفع أم لم يدفع - وليس هذا معناه أنه يجوز التمسك بالدفع لأول مرة أمام محكمة التقض . بل إن هذا وجه خاص للتمسك بالتقض ، يختلف عن إمكان إبداء الدفع لأول مرة أمام محكمة التقض فيما يأتي : (أ) التمسك بهذا الوجه يجب صدور حكم سابق حاز لقوة الشيء المحكوم فيه ، أي حكم نهائي . ولو كان هذا دفعاً يدي لأول مرة أمام محكمة التقض ، لكان يمكن أن يكون هناك حكم قضى حاز حجية الأمر المقضي ولو لم يكن حكماً نهائياً .  
(ب) في الحكم النهائي المطعون فيه أمام محكمة التقض بهذا الوجه الخاص لم يمكن يجوز للاهتكة أول درجة ولا لهيئة الاستئناف أن تثير الدفع من تلقاء نفسها ، ولو كان هذا دفعاً يدي لأول مرة أمام محكمة التقض لكان من النظام العام ، ولجاز لهيئة الموضوع أن تثيره ولو لم يتمسك به الخصوم . انظر في هذا الوجه الخاص من الحكم : نقض مدني ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ بمجموعة محر ١ رقم ٥٦ ص ١٢٦ - ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٣٣ بمجموعة محر ١ رقم ١٣٨ ص ٢٥٢ - ٢ مايو سنة ١٩٣٥ بمجموعة محر ١ رقم ٢٥٨ ص ٧٤٩ - ١٦ يناير سنة ١٩٣٦ بمجموعة محر ١ رقم ٣١٧ ص ١٠٤١ - ٢١ يناير سنة ١٩٣٧ بمجموعة محر ٢ رقم ٣٠ ص ٧٦ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ بمجموعة محر ٢ رقم ٧١ ص ١٩٣ - ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ بمجموعة محر ٢ رقم ٢٥ ص ٥٦ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ بمجموعة محر ٣ رقم ٥٣ ص ١٧٨ - ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ بمجموعة محر ٤ رقم ٢٥٣ ص ٦٧٥ - ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ بمجموعة محر ٥ رقم ٣٤ ص ٩١ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ بمجموعة محر ٥ رقم ١٩٢ ص ٤٢١ - ١٨ يناير سنة ١٩٥١ بمجموعة

محكمة الموضوع في الدرجة الابتدائية وفي الدرجة الاستئنافية<sup>(١)</sup>. وقد قضت المحكمة الثانية من المادة ٤٠٥ من التقنين المدني، تأييداً لهذا الحكم، بأنه لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بحجية الأمر المقضي من تلقاء نفسها<sup>(٢)</sup>.

### ٣٤٦- حجية الأمر المقضي لا تمنع من تفسير الحكم ولو من نصحيه:

ولا تمنع حجية الأمر المقضي من تفسير الحكم الذي ثبت له حله الحجية، وفقاً للأوضاع المقررة في تقنين المرافعات (م ٣٦٦ - ٣٦٧)؛ ولأن الفصل فيها صبي أن تكون المحكمة قد أخضعت الفصل فيه من بعض الطلبات الموضوعية (م ٣٦٨ مرافعات)، ولأن تصحيح ما صبي أن يكون قد وقع في الحكم من أخطاء مادية محنة، كتابية كانت أو حسابية، بشرط ألا يتخذ التصحيح فروعاً لإعادة النظر في موضوع الحكم<sup>(٣)</sup>.

= أحكام التقض ٢ رقم ٥١ ص ٢٦٤ - ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام التقض ٢ رقم ١١٢ ص ٦٤ - ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام التقض ٢ رقم ٦٧ ص ٣٩٦ .  
ويلاحظ أن هذا الوجه الخاص من وجوه التقض يقابله في فرنسا وجه مائل، ولكنه يقع باب التماس إعادة النظر لا باب التقض، بشرط أن يكون الحكمان المصارفان قد صدرتا من محكمة واحدة (أوري ورو ١٢ نفرة ٧٦٩ ص ٥٥٩).

(١) استئناف أهل ٢٨ فبراير سنة ١٩١٤ الفرائع ١ ص ٢٩٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩١٥ الفرائع ٢ ص ١٨٣ ( وقد سبق الإشارة إلى طين الحكمين، ويلاحظ أنهما يريان أن الجمع يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة التقض كما قدنا، وهذا خطأ لأن الجمع ليس من النظام العام ) - جرجا ٧ مارس سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ١٠٩ - طخط الجزئية ١٦ أبريل سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٦٩ - استئناف مخطط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٢ - ٢١ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٠٨ - أنظر أيضاً: تقض فرنسي ١٤ يونيو سنة ١٩٥٠ دالورز ١٩٥٠ - ٥٣٤ - وقارن حكم محكمة القضاء الإداري ٢٢ مارس سنة ١٩٤٩ الحامدة ٣٢ رقم ٤٢ ص ١٥٩ .

(٢) وقد قدنا أن المشروع الأول للإليات كان يقضي في المادة ٢٩ من بأن حجية الأمر المقضي من نظام العام، وأن هذا كان له أثره في المذكرة الإيضاحية ( انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٢ - ص ٤٢٣ ) حيث لا ذكر في أكثر من موضع أن حله الحجية من النظام العام. ولم تعدل المذكرة لتساير النص بعد تنديده، وقد سبق تنبيهه إلى ذلك.

(٣) استئناف مخطط ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٢ - ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٧ - أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ٣٥ ص ٣٤٨ - ١١ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٨ - ١٨ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٥٠ - ٢٦ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣٣

٣٤٧ - الصور المختلفة لمحكمة الأمر المقضى : ولحجية الأمر المقضى صور مختلفة . فقد يمتنع بحكم جنائى أمام محكمة جنائية ، وهذا لاشأن لنا به وهو من مباحث القانون الجنائى . والذي يعنينا هو أن يمتنع بالحكم أمام محكمة مدنية : سواء صدر هذا الحكم من محكمة مدنية (١) أو من محكمة جنائية .

أما الاحتجاج بالحكم الصادر من محكمة جنائية أمام محكمة مدنية - وهو ما عرضت له المادة ٤٠٦ من التقنين المدنى إذ تنص على أنه « لا يرتبط القاضى للمدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً » - فقد مضى القول فيه فى الجزء الأول من الوسيط (٢) .

فلا يبقى إلا الاحتجاج بحكم صادر من محكمة مدنية أمام محكمة مدنية . وهذا الذى تقتصر عليه فى غشائنا هنا .

٣٤٨ - النصوص القانونية : وفى هذا الصدد تنص المادة ٤٠٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :

١٥ - الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل يقتضى هذه القرينة . ولكن لا تكون لتلك

ص ١٥٢ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٠ - ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧١ - ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٥ - ٧ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٨ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٦٧ - ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٩ - ٣ يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٤٨ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٢٦ - ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٤٢٦ - ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٤ .

ولما كانت حجية الأمر المقضى تنفى من المفعول فى موضوع الدعوى ، لذلك يجب البت فى هذا الموضع قبل البت فى الموضوع ذاته (استئناف مخطط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٠) . ولذا كان هناك شك فيما إذا كانت هذه الجملة قائمة ، وجب تفسير الشك لمصلحة من وجه المبلغ ضده (استئناف مخطط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨) .

(١) والمقصود بالمحكمة المدنية هنا هو المدنى الواسع ، أى ألا تكون المحكمة محكمة جنائية . فقد تكون محكمة مدنية أو تجارية أو إدارية أو شرعية أو ملية أو غير ذلك .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٣١ - فقرة ٦٣٤ ص ٩٤٢ - ٩٥٦ .

الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم ، دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بفئات الحق محلاً وسيباً .

٢٥ - ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها<sup>(١)</sup> .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٢/٢٩٧<sup>(٢)</sup> .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ٩٠ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٠٣ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٣٠٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٩٣<sup>(٣)</sup> .  
ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٥١<sup>(٤)</sup> .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤٣ من المشروع المقدم على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد إلا في بعض فروق لفظية طفيفة . وفي لجنة المراجعة زالت هذه الفروق ، وأصبح النص هو المادة ٤١٨ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٥ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٤٢٠ ونص ٤٢٢ - ٤٢٤) .  
(٢) وكانت المادة ٢٣٢/٢٩٧ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « الأحكام التي صارت انتهائية تكون حجة بالحقوق الثابتة بها ، ولا يجوز قبول إثبات على ما يخالفها إذا لم يكن اختلاف في الحقوق المدعى بها ولا في الموضوع ولا في السبب ولا في العصفة المتصف بها الأشخاص . وإذا كان نص التقنين المدني الجديد أكثر دقة وأوسع إحاطة من هذا النص ، فإنه مع ذلك لم يستحدث من الأحكام الجديدة . فالتقنينان الجديد والتقديم سواء من حيث الأحكام في هذا الموضوع . »

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٩٠ : مطابق لنص التقنين المدني المصري .

التقنين المدني العراقي م ٥٠٣ : مطابق لنص التقنين المدني المصري .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٣٠٤ : « لا قوة لقرينة المحكمة إلا فيما يخص بالنزاع الذي كان موضوعاً للحكم ، فيجب أن يكون الشيء المطلوب هو ذاته ، وأن يكون المطلب مبنياً على السبب نفسه ، وأن تكون الدعوى بين المتداعين أنفسهم ، وأن تكون مقامة منهم أو عليهم بالصفة نفسها . ولا يختلف هذا النص في حكمه عن نص التقنين المدني المصري . »

التقنين المدني سلسلة البنية المتحدة م ٣٩٣ : مطابق لنص التقنين المدني المصري .

(٤) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٥١ : « لا تقوم حجية الأمر المقضي إلا بالنسبة إلى موضوع الدعوى . ويجب أن يكون الشيء المطلوب واحداً ، وأن يكون المطلب مبنياً على السبب نفسه ، ولائماً بين الخصوم أنفسهم ، ومقتلاً منهم أو عليهم بالصفة نفسها . »

Art. 1351 : L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

٣٤٩ - شروط قيام هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر : ويتبين من نص التقنين المدني المصري المتقدم الذكر أن هناك شروطاً يجب أن تتوافر لقيام هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .  
وهذه الشروط هي : قسم يتعلق بالحكم ، وآخر يتعلق بالحق المدني به (١) .

## المبحث الأول

### الشروط الواجب توافرها في الحكم

٣٥٠ - شروط ثلثة : لا تقوم هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا إذا توافرت في الحكم شروط ثلثة :  
(أولاً) أن يكون حكماً قضائياً .  
(ثانياً) أن يكون حكماً قطعياً .  
(ثالثاً) أن يكون التمسك بالهيئة في منطوق الحكم لافي أسبابه .

### المطلب الأول

#### حكم قضائي

٣٥١ - حكم صادر من جهة قضائية : يجب التمسك بجهة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن يكون هناك حكم صادر من جهة قضائية .  
فالقول - أيا كانت جهة الإفتاء - لاجهية لها (٢) .

---

(١) ومجلد الأستاذ سليمان مرقس الشروط المتعلقة بالحكم شروطاً لجهة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر (أصول الإفتاء فقرة ١٧٥) ، والشروط المتعلقة بالحق المدني به شروطاً لتعلق بجهة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر (أصول الإفتاء فقرة ١٨٠) .  
(٢) لاجهية للهيئة الشرعية ، وإن كان من الجائز الاستئناس بها (استئناف مخطوط ٢ يظهر من ١٩٠١ م ١٢ ص ٩١) .



والقرارات الإدارية ، وهو صادر من جهة إدارية لا من جهة قضائية ، لا تكون له حجية الأمر المقضي . فيجوز للجهة الإدارية التي أصدرته ، أو جهة إدارية أعلى منها ، أن تسحب . ولكن هناك جهات إدارية ذات اختصاص قضائي ، كالجنان مخالفات الري ولجان الشياخات ولجان الإجراءات ، فهذه تكون القرارات الصادرة منها حائزة لحجية الأمر المقضي مادامت قد صدرت في حدود اختصاص الجهة التي أصدرتها (١) . ولا حجية لهذه القرارات فيما تجاوز هذه الحدود . فجالس التأديب جهات إدارية ذات اختصاص قضائي ، ولكن اختصاصها مقصور على المحاكمة التأديبية ، فلا تحول القرارات الصادرة من الهيئات التأديبية إذن دون المحاكمة أمام المحاكم الجنائية بالنسبة إلى العقوبة الجنائية ، ولا دون المحاكمة أمام المحاكم المدنية بالنسبة إلى التصويض (٢) .

ولا يكون لقرارات الحفظ الصادرة من النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام حجية الأمر المقضي (٣) .

فلابد إذن أن يصدر الحكم من جهة قضائية . ويستوى في ذلك أن تكون جهة القضاء مدنية أو تجارية أو شرعية أو مالية أو إدارية (٤)

كما يستوى أن تكون جهة قضاء عادية أو جهة قضاء استثنائية ، فنثبت حجية الأمر المقضي للأحكام الصادرة من المحاكم العسكرية (٥) ، وذلك بشرط

(١) استئناف مصر ٢٢ مايو سنة ١٩٢٢ الجلسة ٤ رقم ٢٣٩ ص ٤٥٢ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المبيعة الرسمية رقم ٤ ص ٨٨ — ١٦ مايو ١٩٣١ الجلسة ١٧ رقم ١٦٤ ص ٣١٠ — مصر الكلية ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٧ الجلسة ٧ رقم ٤٤٦ ص ٧٣٣ .

(٢) استئناف مجلس تأديب المحامين ٦ مارس سنة ١٩٢٠ المبيعة الرسمية (٢) ص ١٩٠ — وقد قضت دائرة القضاء الجنائية بأن الأحكام أو القرارات الصادرة من الهيئات التأديبية لأصول دون المحاكمة أمام المحاكم النظامية (٣٠ أغسطس سنة ١٩٢٠ الجلسة ١ رقم ٥١ ص ٢٩٥) .

(٣) نفس ملف ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مبيعة أحكام القضاء رقم ١ ص ٧ — استئناف غطط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٣٧ — ٢ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٢ — بني سويف الكلية ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المبيعة الرسمية ١ ص ١٦٩ — محكمة القيان ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ الجلسة ٤ ص ٦٦٨ .

(٤) بالنسبة إلى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري أنظر : استئناف غطط ١٧ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١ .

(٥) لفرن استئناف غطط ٣٠ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٩٢ — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القرارات التي تصدر من لجان خصومة عهد إليها بالفصل في مسائل مدنية —

ألا تجاوز الجهات الاستثنائية حدود اختصاصها<sup>(١)</sup> . كذلك تثبت حجية الأمر  
لإختصاص الجهة قضاء كانت موجودة ثم ألغيت ، كجلس الأحكام في الماضي<sup>(٢)</sup>  
وكالحاكم المختلطة منذ عهد قريب .

ويكون للحكم الصادر من المحكمين حجية الأمر للقضي ، إذ التحكيم جهة  
قضاء نظمها القانون<sup>(٣)</sup> .

أما الحكم الصادر من محكمة أجنبية ، ففي فرنسا يحوز حجية الأمر القضي  
إذا ذيل بالصيغة التنفيذية<sup>(٤)</sup> (exequatur) ، وفي مصر يميل القضاء إلى تطبيق  
مبدأ المعاملة بالمثل<sup>(٥)</sup> .

---

ولا تكون لها حجية الأمر القضي إذا هي جاوزت حدود اختصاصها (٣١ يناير سنة ١٩٢٣  
المجموعة الرسمية ٢٥ ص ٩٢ — محكمة استئناف مصر في دورتها المختصة ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٥  
المجموعة الرسمية ٢٦ ص ١٢٧) .

(١) وقد تكون هذه الجهات الاستثنائية لجائنا إدارية لها اختصاص قضائي ، وقد يكونا  
تقدم أن قرارات الصادر من هذه الجهات حجية الأمر القضي ، ما دامت قد صدرت في حدود  
اختصاصها .

(٢) استئناف مخطوط ٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٢ .

(٣) استئناف مخطوط ٢ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨١ — ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م  
٤٢ ص ١١٧ . ويشترط في فرنسا ، حتى يكون حكم المحكمين حجية الأمر القضي ، أن يوقع  
عليه أمر التنفيذ (ديريانتون ١٣ فقرة ٤٦٠ — أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٣٩٨ —  
لوران ٢٠ فقرة ٦ — بوردو وبارد ٤ فقرة ٧٦٨ — نقض فرنسي ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٦  
دالوز الأسبوعي ١٩٣٩ — ٥٦٩) . وينتقد الفقه الفرنسي الماصر هذا المبدأ ، لأنه لا يميز  
بين صلاحية حكم المحكمين للتنفيذ ، إذ يجب فيه الحصول على الأمر التنفيذي ، وبين حجية الحكم  
ولاشأن لها بالصلاحية فلا يشترط قيامها الحصول على هذا الأمر (جلاسون وموريل وتيسيه ٥  
فقرة ١٨٤٠ — بيدان وبيرو ٩ ص ٤٣٩ هامش رقم ٤) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة  
بعدم اشتراط الحصول على أمر تنفيذ ليكون حكم المحكمين حجية الأمر القضي ، وبأن  
هذا الأمر ليس ضرورياً إلا لجعل الحكم صالحاً للتنفيذ (استئناف مخطوط ٤ فبراير سنة ١٨٩٧  
م ٩ ص ١٧٩) .

(٤) بلانبول وديير وجابولد ٧ ص ١٠١٧ .

(٥) ومع ذلك فقد قضت محكمة مصر الكلية بأن الحكم الصادر من محكمة أجنبية لا يحوز  
حجية الأمر القضي ، وكل ما يترتب عليه من أثر هو أن يعتبر مجرد أداة للإثبات يصح إقامة  
الدليل على حكمها ( ٢٦ مايو سنة ١٩٤٩ مجلة التشريع والقضاء ٢ رقم ٦٠ ص ١١١ —  
الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٧٦ ص ٢٠٢ وانظر أيضاً الأستاذ  
أحمد نقاش في الإثبات ٢ فقرة ٦٣٣ ص ٩٠) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه =

ويحوز الحكم حجية الأمر المقضي حتى لو كان مشوباً بحجب في الشكل ، أو صاعداً ضد خصم غير أهل للقاضي ، أو اشتمل على خطأ في تطبيق القانون<sup>(١)</sup> ، وحتى لو كان البطلان بسبب مخالفة النظام العام ، مالم يكن الحكم مشوباً بالفساد أو كان نتيجة تواطؤ بين الخصمين<sup>(٢)</sup> .

**٣٥٢ - وجبة قضائية لها المروية في الحكم التي أصدرته : ويجب أن تكون جهة القضاء التي أصدرت الحكم لها الولاية (jurisdiction) في الحكم الذي أصدرته .** فإذا لم تكن للمحكمة ولاية ، لم يكن لحكمها حجية الأمر

-- لا يجوز الاحتجاج بحكم أجنبي يتعارض مع حكم صادر من جهة قضاء مصرية (استئناف مخطط: ٢١ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨٩) ، وبأنه يتعين على القضاء المصري أن يبعد النظر في موضوع الحكم الأجنبي قبل أن يحمله نافذاً في مصر (استئناف مخطط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٠) . ولكن محكمة الاستئناف المخططة قضت بسد ذلك بوجوب تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل (réciprocité) في جعل الأحكام الأجنبية نافذة في مصر ، وبأنه مادام القانون الألماني يحمل الأحكام الأجنبية نافذة دون إعادة بحث في موضوعها ، إذا كانت المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم مخصصة بإصداره وكان المضي عليه قد أعلن إعلاناً صحيحاً للفسور أمامها ، فيستعين تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل ، وجعل الحكم الأجنبي الصادر في ألمانيا نافذاً في مصر بأمر من رئيس المحكمة إذا توافر فيه الشرطان المقتضا الذكور ، ومن ثم يكون لهذا الحكم حجية الأمر المقضي (استئناف مخطط ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٤) — ويستخلص ما تقدم أن الحكم الأجنبي متى صار قابلاً للتطبيق في مصر فإنه يحوز حجية الأمر المقضي . ذلك أنه إذا جاز أن يكون الحكم غير القابل للتطبيق حجية الأمر المقضي ، فلا يجوز أن يكون الحكم القابل للتطبيق مجرداً من هذه الحجية .

(١) استئناف مخطط ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٦٢ — ٢٢ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥ — أوبري ورو ١٢ فترة ٢٦٩ ص ٤٠١ وهامش رقم ١٤ — وقد قضت محكمة الاستئناف الأعلى بأن الأحكام القطعية الصادرة من جهة لها ولاية الفصل في الخصومات تكون حائزة لحجية الأمر المقضي مهما كانت أوجه البطلان اللاحقة بهذه الأحكام (٢٢ فبراير سنة ١٩٠٠ مجموعة الرسمية ٢ رقم ١/٨٦) . وقضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر من محكمة شرعية مخصصة يجوز حجية الأمر المقضي حتى لو خالف فيما قضى به النهج الشرعي ، إذ قضى ببطلان وصية لمت الموصى مع أن الموصى له جهة لا جهة إلا جهة أهلية (نقض مدني ١٦ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨ ص ٤٣) .

(٢) استئناف مخطط ٢٧ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٣ — نقض فرنسي ٦ ديسمبر سنة ١٨٥٩ م ١٨٥٩ — ١٧ — ١٩ — فبراير سنة ١٩٢١ م ١٩٢١ — ١ — ٣٦٤ — ٢٤ يوليو سنة ١٩٤١ م ١٩٤٢ — ١ — ١٤١ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فترة ١٧٧ ص ٣٠٦ .

المقتضى . ومن ثم لا تثبت حجية الأمر المقتضى لحكم صدر من محكمة مدنية أو مجلس مل في مسألة تدخل في ولاية المحاكم الشرعية ، ولا لحكم صدر من محكمة شرعية أو مجلس مل في مسألة تدخل في ولاية المحاكم الوطنية ، ولا لحكم صدر من محكمة مدنية في مسألة تدخل في ولاية القضاء الإداري . على أنه إذا صدر الحكم من محكمة لا ولاية لها ، كانت له مع ذلك حجية الأمر المقتضى بالنسبة إلى هذه المحكمة أو إلى غيرها من محاكم الجهة ذاتها ، ولكن لا حجية للحكم بالنسبة إلى الجهات القضائية الأخرى<sup>(١)</sup> .

(١) وطأ محل إجماع فيها إذا كان الحكم قد صدر من جهة قضاء غير صادرة كالمجالس المالية . أما إذا صدر الحكم من جهة قضاء صادرة كالمحاكم الوطنية ، فهناك رأي يذهب إلى أن الحكم يحوز حجية الأمر المقتضى حتى بالنسبة إلى الجهات القضائية الأخرى غير الصادرة . فالحكم الصادر من مجلس مل في غير حدود ولايته لا يكون حجة أمام المحكمة الوطنية ، أما الحكم الصادر من محكمة وطنية فيكون حجة أمام المجلس المل حتى لو رأى هذا المجلس أن المحكمة الوطنية لا ولاية لها في إصدار الحكم . ويرجع ذلك إلى أن القضاء الصادر هو الأصل في ولاية القضاء ، أما القضاء غير الصادر فهو استثناء من الأصل فيجب ألا يخرج عن القاعدة التي رسمت له ( نفس مدني ٥ مارس سنة ١٩٤٢ بمجموعة ج ٢ رقم ١٤٥ ص ٤١٥ — الأستاذ سليمان مولى في أصول الإثبات لقرن ١٧٧ ص ٣٥٥ ملحق رقم ١ ) .

ولكن جرى قضاء المحاكم المخططة ، عندما كانت هذه المحاكم قائمة ، بأنه إذا صدر حكم من محكمة وطنية في نزاع يدخل في ولاية المحاكم المخططة ، فليس لهذا الحكم أمام المحاكم المخططة حجية الأمر المقتضى ، استئناف غطط ٢٦ مارس سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٦٠ — ١١٤٤ بوليه  
سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٨٥ — ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٦٠ — ٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٢ ص ٢٩٨ — ١٦ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٤٧ — ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٧٢ — ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٦ — ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٩ — ١٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١١ — ٢٢ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٨٤ — ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٩ — ١٨ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٤ — ٢٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٠ — ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٣٧٥ — ٦ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٣٦ — ٣ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٤ — ولو أن هذا الحكم يصلح لاستئناس المحكمة المخططة به ( استئناف غطط ١٢ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٨٦ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٨ — ٨ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٦٨ ) — لا سيما إذا صدر هذا الحكم بين وطنيين وأمة الأجنبي ( استئناف غطط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧١ ) — أو كان الحكم مبنياً على سمات لم تمارسها سمات ضدها ( استئناف غطط ٨ فبراير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٦٧ ) — ويكون حجة على الأجنبي إذا كان بخلافه قد ترك المحكمة الوطنية لتفصل في قضية وهي غير مختصة ( استئناف غطط ١٩ مارس ١٩٠٨ م ١ ص ٦١ ) .

ويكون للحكم حجية الأمر المنقضى إذا صدر من محكمة لما الولاية في إصداره ، حتى لو كانت هذه المحكمة غير مختصة ، سواء رجع عدم الاختصاص إلى

— ولكن الحكم الذي صدر من محكمة مختلة بين وطنين تكون له حجية الأمر المنقضى أمام المحاكم المختلة لأن ولايتها تتناول الأجانب والوطنيين (استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٩٤ — ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٣٥) ، وكذلك أمام المحاكم القروية (استئناف أهل ١٥ يونيو سنة ١٩٠٩ المحموعة الرسمية ١١ رقم ١٢) .

أما الحكم الصادر بين وطنين من محكمة وطنية فيكون حجة أمام المحاكم المختلة (استئناف مخطوط ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٨٨ — ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٤ — ٨ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٠١ — ١٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م ١٨ ص ٢٠٠ — ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ١٠ — ١٠ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٩٥ — ١٦ يولي سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٧٧ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٤٧ — ٢٥ مارس ١٩٢٣ م ٣٤ ص ٢٤٦ — ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٩ ص ١٧ — ٥ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٤٣ ص ٢ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٧ — ١١ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٧٨) .

كذلك إذا صدر حكم من المحكمة المختلة في حدود ولايتها كان حجة أمام المحاكم القروية (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥١ ص ١٦١) . أما إذا صدر الحكم من المحكمة المختلة في غير حدود ولايتها فلا حجية له (نقض مدني ٢٢ يونيو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٤ ص ١٦٩) . وإذا صدر حكم من القضاء المختلط حل خلاف حكم سابق صدر من القضاء الوطني ، فلا يجوز لمن كان خصماً محكوماً عليه في الدعوى الوطنية ولم ينضم أمام المحكمة المختلة أن يتسكك بالحكم المختلط أمام القضاء الوطني في نزاع مطروح من أصل النزاع الذي كسب الحكم الوطني السابق مسدوره فيه حجة التي المحكوم به بالنسبة لذلك الخصم (نقض مدني ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٤ ص ٢٤٠) .

وإذا صدر حكم من محكمة شرعية في حدود ولايتها كانت له حجية أمام المحاكم المدنية (نقض مدني ٢ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٥ ص ١٨٩ — ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٢ ص ٦٧٥ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٨ ص ٣٥٤ استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المجلد ١٣ رقم ٤٢٩ ص ٨٧١ — استئناف مخطوط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨١) ، وبالقدر الذي تكون المحكمة الشرعية قد فصلت فيه (نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٣ ص ١١١) ، حتى لو كانت المحكمة الشرعية قد أعطت في قضائها — ما دامت هي المختصة أصلاً — بأن لم تطبق أحكام مساعدة الإقامة بين مصر وتركيا (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢١ ص ٧٧٠) ، ولو كان اختصاص المحكمة الشرعية قائماً على تراخي الخصوم ما دام أن هذا لا يتجانح مع طبيعة ولايتها (نقض مدني ٥ مارس ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤٥ ص ٤١٥) ، ولا تنظم المحكمة المدنية إلا بما نقضت فيه المحكمة الشرعية ونصحت له فصلاً حقيقياً (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٤٥ —

الموضوع أو رجع إلى المكان . فالحكم الصادر من محكمة مدنية تكون له حجية الأمر المقضي ولو كان المختص هو القضاء التجاري . كذلك الحكم الصادر من محكمة جزئية تكون له هذه الحجية ولو كان المختص هو المحكمة الكلية . ومن باب أولى يجوز حجية الأمر المقضي الحكم الصادر من محكمة كلية وهو من اختصاص محكمة كلية أخرى ، أو من محكمة جزئية وهو من اختصاص محكمة جزئية أخرى (١) :

= مجموعة رقم ٢٣٢ ص ٦١٤ - ٢٣ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٦ ص ١٨٠ - أما إذا صدر الحكم من محكمة شرعية أو من مجلس مل في غير حدود الولاية فلا يكون الحكم حجة أمام المحكمة المدنية (نقض مدني ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤ - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢٤ ص ٥٦٧ - ١٠ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣ ص ٤٢ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤١ ص ١٠٨ - استئناف أهل ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٩١ . وإذا فصلت المحكمة المظلمة في ملكية قطعة أرض يتنازعها شخصان ، كان حكمها مانعاً للمحكمة الشرعية من سماع الدعوى مرة أخرى أمامها (المحكمة العليا الشرعية ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٣٧ ص ٢٨٣) .

والأحكام التي تصدر من جهات قضائية استئنائية كالبطركانيات لا حجية لها إلا فيما يتعلق بولايتها ، وذلك على الأقل بالنسبة إلى الجهات القضائية الأخرى (استئناف غطط ١٧ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٢٧ - طوطا ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٠ رقم ٣٨٥ ص ٧٧٣) ، وهذا راجع إلى أن هذه المحاكم لا تملك في الأصل ولاية القضاء ، فإذا ما تجاوزت حدود الاختصاص المرسومة لها فقدت كل أهلية للقضاء (استئنافية الوطنية ٣١ يوليو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ٢/٦٤ ص ١٣١) .

والقرارات الصادرة من لجان الإجراءات المشكلة بقانوني مرة ١٤ سنة ١٩٢١ و ١٦ سنة ١٩٢٢ لا تجوز حجية الأمر المقضي إذا تعدت الحدود الموضوعية لها في قانون إنشائها ، بل إن مثل هذه القرارات لا تكون مجرد أحكام باطلة صادرة من جهات غير مختصة ، وإنما تعتبر مرفوعة لصدورها من جهة لا ولاية قضائية لها فيما تفتت به ، وتكون اللجان المذكورة بإصدارها تلك القرارات تعدت سلطة الشارع الذي أنشأها ، فهي مرفوعة بانعدام صفة القاضي وصفة الحكم (استئناف مصر دوائر مجتمعة ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٧٤ - استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٤ - أسبوط الكلية ٢ مايو سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٣٢) - وإذا فصلت لجنة مخالفات الري في أمر غير داخِل في اختصاصها فلا يكون لحكمها حجية الأمر المقضي ، ويكون للمحاكم أن تفصل في الأمر من جديد إذا طرح النزاع عليها (مصر الكلية ٢ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١١٢) .

(١) الحكم الصادر من محكمة ذات ولاية ، ولكن غير ذات اختصاص محل أو موضوعي ، =

٣٥٣ - بموجب سلطتها القضائية لا سلطتها الوضعية : ثم أن المحكمة ذات الولاية يجب أن تكون قد أصدرت الحكم بموجب سلطتها القضائية (jurisdiction contentieuse) لا بموجب سلطتها الولاية (jurisdiction gracieuse).

وسرعة ما إذا كان الحكم صادراً بموجب السلطة القضائية للمحكمة من مباحث قانون المرافعات . ولكن يمكن القول بوجه عام أن العبارة بطبيعة الموضوع الذي يصدر فيه أمر القاضي وطبيعة ما يجريه القاضي في إصداره ، فإن كان الأمر يتعلق بخصومة بين طرفين فصل فيها فهو قضاء ، وإلا فهو أمر ولائي<sup>(١)</sup>.

فالتصديق على الصلح<sup>(٢)</sup> ، وإجراء القسمة قضائياً ، والتصديق على القسمة إذا كان بين الشركاء غالب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية (م ٨٤٠ مدني<sup>(٣)</sup>) ، والتصديق المحكمة الحسية على الحساب التي يقدمه الأوصياء والقوام<sup>(٤)</sup> ، كل هذه أوامر تصدر من المحكمة بموجب سلطتها الولاية فلا تخوز

= يجوز حجية الأمر المقضي استئناف غلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٦٢-٦٣ و٢٢ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٤٢ - ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥ - ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٢٨ - ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٩ - ٢ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨٠ - ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢١٩ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٩ - ١٤ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٢٧ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨٢ . لأن الاستئناف أحد لقائات ٢ لقرة ٦٣٣ ص ٩٠ وانظر الأستاذ سليمان مرقس لقرة ١٧٧ ص ٣٠٥ - ٣٠٦ .

(١) الأستاذ محمد حامد نسي في المرافعات لقرة ٢٤ - ويلعب الأستاذ عبد الحفيظ أبو حيف ( المرافعات لقرة ٩٥ ) إلى أن الأمر الولاى هو ما يصدره المحكمة بمثل على طلب طرف دون أن تستضيء الطرف الآخر لصالح آخره .

(٢) استئناف ٦ يناير سنة ١٩٢٠ الحامدة ١ رقم ٩٣ ص ٤٧٠ - وقرآن استئناف غلط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٢٩ - انظر الأستاذ عبد السلام مدني في الأدلة جزء ٢ ص ١٥٧ - ١٦١ .

(٣) بين سوييف استئناف ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ المبروعة لقرسية ١٥ رقم ٦٤ . ولكن الحكم بإنهاء الشرح عن طريق القسمة يجوز حجية الأمر المقضي (استئناف غلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١١٢) .

(٤) وقد قضت دائرة التقاضي الجنائية بأن تصديق المجلس الحسي على الحساب المقدم =

حجبه الأمر المقتضى ، وذلك ما لم تفصل في خصوصية بين طرفين<sup>(١)</sup> . فلذا فصلت المحكمة في المنازعات التي قد تفرض دعوى القسمة (م ٨٣٨ مدني) ، فهنا فصل في خصوصية يجوز حجبه الأمر المقتضى . أما التصديق على الصلح مع الخصم

« إلى الرضى لا يحد حكماً حائراً لحجبه الأمر المقتضى ، ولا يمنع قوى القآن من الطعن في صحة هذا الحساب أمام المحاكم الأهلية (نقض جنات ١١ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢/٨٨ - انظر أيضاً : استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المجموعة ١٠ رقم ٣٥٣ ص ٧١١) - ونقضت محكمة النقض بأن ما يظهر عادة من أن قرارات المجالس الحسبية في مسائل الحساب يجوز حجبه الأمر المقتضى أو لا يجوز إنما هي إثارة بحث لا محل له . ذلك بأن المجالس الحسبية لا تصدر أحكاماً باللزومية حتى تكون لها حجية الأمر المقتضى أو لا تكون ، وإنما هي مقبض بعضها لخصم ، إذا ما قدرت أمثاله ، فإن أمثاله يكون تديماً لاتفاق رضى بين عديم الأهلية الخالة هي محل بقوة القانون من جهة وبين ربه من جهة أخرى . وهذا الاتفاق هو وحده الذي يوجب به كل طرف من طرفيه على الآخر ككل العقود والاتفاقات . أما نتيجة هذا الاتفاق ، إذا كانت موجبة لطعن على صدم الأهلية أو على ربه ، فإن هذا اللعن إذا لم يصدده ربهما من أحدهما لآخر ، فالمحاكم العادية هي التي تحكم به تطبيقاً لذلك الاتفاق (نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٦ ص ٩٥٧) . ولكن متى أصبحت المحكمة الحسبية الحساب ، فقد تم الاتفاق فرضى بين نفس الأهلية ونائبه ، ولا يجوز للمحكمة الحسبية أن ترجع في أمثاله إلا إذا ظهرت أسباب جديدة تسوغ هذا الرجوع . وقد نكست محكمة النقض بأن ليس للمجلس الحسبي ، بعد أن يظهر على الرضى ويجهز ، أو يفسخ الحساب ويحده ، أن يراجع ما قرره ، ما لم تظهر أسباب جديدة تسوغ ذلك (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٥ ص ٢٩٢) .

(١) وقد نكست محكمة الاستئناف المخططة بأن الأحكام التي تصدر بالتصديق على اتفاقات الخصوم (jugement d'expédient) نوحان . نوع تقتصر المحكمة فيه على إثبات الاتفاق الذي تم بين الخصمين . ونوع تستند فيه المحكمة إلى هذا الاتفاق لفصل في الخصومة المطروحة أمامها ، فتطعن اتفاق الخصمين ، ومن ثم يجوز الاتفاق حجبه الأمر المقتضى . أما النوع الأول الذي تقتصر فيه المحكمة على إثبات الاتفاق ، فكل ما ينطوي عليه أن الخصمين اتفقا على صلح يحسم الخصومة ، فأُنسبت المحكمة على هذا الصلح صفة الرسمية ، وأكسبه القوة التنفيذية ، فأشأ في ذلك شأن الموقر ، فلم تفصل المحكمة في خصوصية ، وإنما أثبتت اتفاقاً تم ، فلا يقبل مثل هذا الحكم استئنافاً (استئناف مخطط ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٢) . قارن مع ذلك بودري وبارد : فقرة ٢٦٦٩ حيث لا يميزان بين حكم فصل في خصوصية وحكم اقتصر على إثبات الاتفاق ، فكلاهما يمكن بمحور حجبه الأمر المقتضى . وانظر بيدان وهر ٩ فقرة ١٣٤١ ص ٩٢٨ - ص ٩٣٩ حيث يميزان بين الأحكام المصدقة على اتفاقات الخصوم والتي تفصل في الخصومة (jugements d'expédient) وبين العقود القضائية (contrats judiciaires) التي تقتصر فيها المحكمة على إثبات اتفاقات الخصوم .



(concordat) فقد كانت محكمة الاستئناف المخططة تميل إلى اجباره معطوياً على فصل في خصومة ، فيحوز حجية الأمر المقضى<sup>(١)</sup>

والحكم بتعيين وصي أو قيم في غير خصومة<sup>(٢)</sup> ، وإقامة ناظر على الوفاء في غير خصومة كذلك ، كل هذه أوامر ولائية لا يحوز حجية الأمر المقضى . أما الحكم بتوقيع الحجز فهو حكم قطعي يحوز حجية الأمر المقضى<sup>(٣)</sup> .

والإذن للأوصياء والقوام في مباشرة التصرفات<sup>(٤)</sup> ، والإذن في استبدال الوقف<sup>(٥)</sup> ، لا يعتبر أى منهما حكماً قضائياً ، بل هو أمر ولائي لا يحوز حجية الأمر المقضى ، إذ هو لا يفصل في خصومة بل يمكن من إجراء تصرف معين . وكذلك الحكم بمرعى المزداد ليس إلا إجراء تصرف في العين التي رسا فيها المزداد ، فهو أمر ولائي لا يحوز حجية الأمر المقضى<sup>(٦)</sup> .

والأمر الصادر من رئيس المحكمة بإعطاء الدائن حق اختصاص بطلبات مدنيته ، وقائمة التوزيع بين الدائنين في غير ما يفصل فيه من مناقضات

(١) استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٨ - ١٨ يولي سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٧٤ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف أسبوت بأن الحكم بتعيين قيم ليس حكماً صادراً عن المحكمة باجبارها سلطة قضائية قائمة في خصومة معينة ، بل هو صادر منها بالما من حق الولاية العامة في حدود سلطتها الإدارية ، وعلى هذه الأحكام لا يحوز حجية الأمر المقضى ولا تتألف ( ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المبيعة الرسمية ٣٢ رقم ٢ ص ٢٦ ) . وانظر في حجية قرارات المحاكم الحسبية : المجلس الحسبي العالي : فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢١٠ ص ٢٧٨ - ٢٥ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١٦ ص ٢٣ - ٣١ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٣٣٨ ص ٥٠٠ - استئناف سمر ١١ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣١ ص ٨٣ .

(٣) استئناف مخطط ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٦١٠ .

(٤) وقد تقدم أنه لا يحوز للمحكمة الحسبية بعد أن تنظر في حل الوصي وتجهز أن ترجع فيما تقررته تالم تظهر أسباب جديدة تسوغ ذلك ( نقض مخطط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مبيوعة حر ٣ رقم ٨٥ ص ٢٩٣ ) .

(٥) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن إذن المحكمة الشرعية في استبدال الوقف له حجية الأمر المقضى ( استئناف مخطط ٤ يولي سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٢٧ ) ، وهي تقصد بذلك أن هذا الإذن لا يحوز الرجوع فيه ، كما لا يحوز الرجوع في القصد لا في الحكم .

(٦) استئناف أسبوت ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المبيعة الرسمية ٣١ ص ٦١ - قارن استئناف مخطط ١٧ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٢٣ .

(٧) قرويط - ٢٠ )

ومعارضات<sup>(١)</sup> ، كل هذه أوامر ولاية لا يجوز حجية الأمر المقضي .  
كذلك تجبر أوامر ولاية لا يجوز حجية الأمر المقضي قرارات لجان المصالحة  
من المرسوم القضائية<sup>(٢)</sup> ، وأوامر مجلس محكمة القضاء الإداري بتقصير المواعيد .  
لما حكم محكمة القضاء الإداري بوقف تنفيذ أمر إداري ، وكذلك حكم محكمة  
التنفيذ بوقف تنفيذ حكم نهائي ، فهذا فصل في خصوصية يجوز حجية الأمر المقضي .

## المطلب الثاني

### حكم قطي

٣٥٤ - الحكم القطعي والحكم النهائي : لا تكون حجية الأمر  
المقضي إلا لحكم قطعي<sup>(٣)</sup> ( *judgement définitif* ) ، وهو الحكم الصادر في الموضوع  
بأبته فيه ، ولو كان حكماً ابتدائياً غنياً قابلاً للطعن فيه بالمعارضة والاستئناف .  
ولا ضرورة ، حتى تكون للحكم حجية الأمر المقضي ، أن يصبح الحكم القطعي  
حكماً نهائياً ( *judgement passé en force de chose jugée* ) ، باستنفاده لطرق  
الطعن العادية من معارضة واستئناف . فالحجية تثبت للحكم الغيائي ثبوتها للحكم  
الحضوري ، والحكم الابتدائي ثبوتها للحكم النهائي<sup>(٤)</sup> ، وتثبت للحكم النهائي حتى  
لو طعن فيه بالنقض أو بالتقاس إعادة النظر أو باعتراض الخارج من الخصومة .  
وقد سبق أن أشرنا إلى وجوب التمييز بين حجية الحكم ( *autorité* ) ونهائيته  
( *irrévocabilité* ) ، فالنهائية لأشأن لها بالحجية ، بل هي تتصل بقابلية الحكم  
لتنفيذ<sup>(٥)</sup> .

(١) أوبري ورد ١٢قرة ٧٦٩ على رقم ٧ .

(٢) خلاصة استئناف ٢٦ يولييه سنة ١٩٢٩ الحامدة ٩ رقم ٥٩٨ ص ١٠٩٨ .

(٣) استئناف مصر ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ الحامدة ١٠ رقم ٤٣٠ ص ٨٥٦ .

(٤) قانون استئناف مخطط ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٥ (حيث ينكر على الحكم  
حجية الأمر المقضي إذا كان قابلاً للاستئناف) و١٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١١٣ - ١٤  
يولييه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٢٧ .

(٥) ومع ذلك فقد كانت المادة ٢٩٧/٢٣٢ من الطعنين اللغتي السابق تخط بين التنفيذ .  
انظر أيضاً المادة ٤٠٥ من الطعنين اللغتي الجديد حيث ورد فيها قوة الأمر المقضي ، بدلاً من  
حجية الأمر المقضي ، وقد سهت الإشارة إلى ذلك .

٣٥٥- متى ثبت للحكم القطعي مية الأمر ملقضى : وكل حكم قطعي يت في الخصومة يحوز حجية الأمر المقضى . فالحكم القطعي الصادر في الموضوع بالبت فيه ، كله أو بعضه<sup>(١)</sup> ، تكون له هذه الحجية . كذلك تثبت الحجية للحكم القطعي الذي يبت في الدفع ، سواء كان الدفع موضوعياً أو شكلياً ، كالحكم بعدم الاختصاص وبعدم قبول الدعوى وبعدم جواز نظر الدعوى وبإعلان صحيفة الدعوى . وتثبت الحجية كذلك للحكم القطعي الذي يبت في نزاع يتصل بإجراءات الدعوى ، كالحكم بسقوط الخصومة وبانقضاءها بغض المدة وبتركها وباعتبار الدعوى كأن لم تكن<sup>(٢)</sup> .

(١) وقد قلست محكمة النقض بأنه إذا قضى المحكم للمدعى بعض طلباته ، فلهن في قضائه برفض بعض الآخر ، وقبل المدعى عليه المحكم ولم يظن فيه ، ثم قضى بقبول البعض ورفض المحكم ، فإن هذا النقض هو نقض جزئي لا يتناول ما كان قضى المحكم بإيجابته من طلبات الطاعن ، ولذلك لا يجوز حكمة الإحالة أن تعيد النظر في هذا البعض من الطلبات (نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٧ ص ٥٨٨) . انظر أيضاً : نقض مدني ٢٠ يولييه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٨ ص ٨٧٤ - ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٤ ص ٥١٥ وتعليق الأستاذ محمد حامد نهي ص ٥١٦ .

كذلك يعتبر بقاء في بعض الدعوى القضاء بقيام المسؤولية وإحالة الدعوى إلى التحقيق أو إلى غير تقدير قيمة الفسور ، فيكون للحكم حجية فيما يتعلق بثبوت المسؤولية . وإذا قضى المحكم بأحقية المدعي للنفقة ، وأجلت القضية لتحديد قيمة النفقة في جلسة أخرى ، حاز المحكم حجية الأمر المقضى فيما يتعلق بأحقية المدعي للنفقة (استئناف غنطط ٢٦ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٥٧) .

(٢) ويقول الأستاذ محمد حامد نهي في كتابه المرافعات (فقرة ٦١٤) : «الحكم القطعي هو الذي يفصل في جلسة النزاع أو في جزءه أو في مسألة منطردة عنه فصلاً حاسماً لا رجوع فيه من جانب المحكمة التي أصدرته ، كالحكم للمدعي بطلباته أو المحكم عليه برفضها ، والحكم في الدفع بعدم الاختصاص أو الدفع بانقضاء الحق بالتقادم أو بسقوط الدعوى أو ببطلان جواز الإثبات باليمين والمحكم في طلب رد القضاء أو طلب دعوى خصم ثالث أو طلب وقف الدعوى انتظاراً لفصل في مسألة أولية من حكمة أخرى والمحكم في دعوى التزوير القرعية . ذلك بأن كلا من هذه الأحكام (وأعطاء) يحسم النزاع في موضوع الدعوى أو في بعضه ، أو يقطع - في مسألة فرعية - زائلاً يصير في هذا الصدد مستغلاً وقائماً بملأه» .

وبحسب المحكم بتوجيه الميمن الخاصة لطعياً يحوز حجية الأمر المقضى (استئناف غنطط ٣ يولييه سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٨٦) - وبعدم حكا طعناً - حازراً لحجية الأمر المقضى المحكم في المطرعات في تلبية نزاع الملكية وفي قوائم التوزيع (استئناف غنطط ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٥٠٤ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٤٦ - ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ -

ولكن هناك أحكاماً قطعية لا تبت في الخصومة على وجه حاسم ، فهذه لا يجوز حجية الأمر المقضي . مثل ذلك الأحكام التهديدية (judgments comminatoires) ، فالحكم بفرامة تهديدية (astreintes) لا يجوز حجية الأمر المقضي ، إذ أن الفرامة التهديدية تجوز إعادة النظر فيها بالزيادة أو الإنقاص أو الإلغاء (م ٢١٣ و ٢١٤ مدني) (١) . ومثل ذلك أيضاً الحكم برفض الدعوى بالحالة التي هي عليها ، فإنه لا يجوز الحجية إذ هو لم يبت النزاع على وجه حاسم ، وإن كانت له حجية فهي حجية مقصورة على الحالة التي كانت عليها الدعوى حين رفعها أول مرة ، فيجوز رفع الدعوى من جديد بعد تصحيح هذه الحالة أو تغييرها (٢) . كذلك الحكم باخراج خصم من الدعوى ، أو بدم قبول تلغله ، لا يجوز حجية الأمر المقضي في موضوع الدعوى ، لأنه لم يبت في هذا الموضوع أصلاً ، بل انقصر على البت في رفض اشتراك شخص معين في خصومة لأثمة ، والحكم بذلك لا يمنع هذا الشخص من رفع دعوى مستقلة بطلباته دون أن يدخل في الخصومة التي حكم برفض اشتراكه فيها (٣) .

= من ٣٦٢ - ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٣٤ - ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١١٨ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ .

(١) استئناف مصر ٦ مارس سنة ١٩٢٤ الجلسة ٤ ص ٦٤٦ - الاستئنافية الكلية الوطنية ١٦ يناير ١٩٣٢ المبيعة الرسمية ٣٣ رقم ٦ ص ١٤٧ - استئناف مستظف ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦ .

(٢) استئناف مصر ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ الجلسة ١٠ ص ٨٥٦ - مصر الكلية الوطنية ٢١ يوليو سنة ١٩٣٠ الجلسة للقضايا ٣٢ ص ١٠ - بنى صوف الجزئية ٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المبيعة الرسمية ٣٣ رقم ٩ ص ٢٢٥ - استئناف مستظف ١٤ نوفمبر ١٩٢٤ م ٧ ص ١٧ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤٥ . ولكن قارن أبري وود ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٠ وعلش رقم ١٣ .

ومن أمثلة رفض الدعوى بالحالة التي هي عليها أن ترفع الدعوى من غير ذي صفة ، فيحكم بعدم قبولها ، وتقبل بعد ذلك إذا رفعت من ذي الصفة . كذلك قد ترفع الدعوى من شخص لم تحصل على الإذن اللازم من المحكمة المسببة مثلاً ، وترفض الدعوى في الحالة التي هي عليها حتى يحصل للدعي على الإذن . وقد ترفع الدعوى أمام محكمة القضاء الإداري بالإلغاء تقرأ إداري لم يستد بهد ، وترفض الدعوى لرفضها قبل الأوان .

(٣) استئناف مستظف ٢٥ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٠٠ - مثلاً وإذا لم تحصل المحكمة في أحد الطلبات ، وكان الحكم عالياً من الخصم لهذا الطلب بالرفض أو القبول ، سواء في أسبابه أو في طرقه ، جاز أن ترفع به دعوى جديدة ، ولا على نفسك بحجية الأمر المقضي =

٣٥٦ - الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع : أما الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع (jugements d'avant-dire droit) فهي ليست بأحكام قطعية ، ولا يجوز حجية الأمر المقضي<sup>(١)</sup> .  
وهذه الأحكام هي : الأحكام التحضيرية (jugements préparatoires) ، والأحكام التمهيدية (jugements interlocutoires) ، والأحكام الوترية (jugements provisoires) .

٣٥٧ - الأحكام التحضيرية : وهي أحكام تسبق الحكم في الموضوع تحضيراً لهذا الحكم ، دون أن تبين رأى المحكمة في نقطة النزاع . وذلك كالحكم بتعيين غير لمعينة محل النزاع ، أو الحكم بانتقال المحكمة إلى محل النزاع ، أو الحكم بالإحالة على التحقيق . مثل هذه الأحكام لا تكون لها حجية الأمر المقضي ، بل يجوز للمحكمة العلول عنها بعد إصدارها وقبل تنفيذها ، وإذا هي نفذتها لم تنقيد بالنتيجة التي أدت إليها .

٣٥٨ - الأحكام التمهيدية : وهي أحكام تسبق الحكم في الموضوع

— (استئناف أسبوط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المبروعة الرسمية ٢٠ رقم ٧) — ونقلت محكمة النقض بأن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفصل لا يمكن أن يكون موضوعاً لحكم يجوز حجية الأمر المقضي . وإذا كانت المحكمة التي نظرت في دعوى إثبات البطل في أرض قد قالت في أسباب حكمها إن ما أثاره أحد المتبادلين من نزاع في ملكية التبادل الآخر لما يادل به ليس محله دعوى إثبات الصلح ، ثم نقضت بإثبات البطل بناء على تسليم طرفه بوقوعه ، فإن حكمها هذا لا يحول دون النظر في ذلك النزاع نفسه بدعوى أخرى تقدم بفسخ عقد البطل . وكذلك قلربما حل هذا الأصل إذا كانت المحكمة في دعوى الضمان الرسمية قد قالت في أسباب حكمها إن الدعوى المذكورة ليست صالحة فنظر فيها ، وحكت في مطروحة برئتها بحالتها ، فإن حكمها هذا — وهو ليس إلا حكماً مؤقتاً — لا يمكن أن يحول دون النظر فيما أثير في الدعوى من وجوه لنزاع (نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧٢ ص ٥١٧) — ونقلت أيضاً بأنه إذا طلب المدعي عليه استعالمها الحكم بالمبلغ المطالب به هو حل شخص يصفه شامتاً له ، فنقضت المحكمة برئتها هذا الطلب لعدم توجيه دعوى الضمان لتوجيهاً صحيحاً ، فقلنا لا يمكن أن يجوز حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى موضوع الطلب ، إلا الحكم لم يتعرض للفصل فيه (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٢ ص ١٥٩) .

(١) ساروط ١٢ أكتوبر سنة ١٩٢٤ الجمالة ٥ رقم ٢٢٩ ص ٢٦٨ .

تمهيدا لهذا الحكم ، وتبين رأى المحكمة في نقطة النزاع . وذلك كالحكم بصعوب  
غير تقدير الضرر الذي أصاب المدعي ، أو بإحالة القضية على التحقيق لإثبات  
وقوع الفعل الموجب للمسئولية ، فإن المحكمة إذا قضت بذلك قبل أن تقضى في  
قيام المسئولية ذاتها تكون ، دون أن تقطع في قيام المسئولية ، قد كشفت عن  
ميلها للقضاء بذلك ، ومن أجل هذا عبت غيراً لتقدير الضرر أو أحالت القضية  
على التحقيق لإثبات وقوع الفعل الموجب للمسئولية .

وكان الأمر في تقنين المرافعات السابق أن الحكم التمهيدى ، إذا أصدرته  
المحكمة من تلقاء نفسها دون طلب أحد من الخصوم ، فلا تكون له حجية الأمر  
القضى ، ويجوز للمحكمة المدول من تنفيذه . أما إذا كان صادراً بناء على طلب  
أحد الخصوم ، فإنه يعتبر قد فصل في أمر متنازع فيه ، وتثبت له الحجية ،  
فلا يجوز للمحكمة المدول من تنفيذه<sup>(١)</sup> على أنه إذا نفذ في الحالتين لم يقيد

(١) المرجع المذكور لفظة ٧٠٨ - وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه إذا قضت المحكمة  
بعدم طلب الأوراق وتبين أن هذا لكلف قد أصعب لا تقضاء الوقت للقانونى ، فإن لما أن تبدل من  
تلكلة التبدل بالمكلف إلى تكلفه بأى طريق آخر ، كالإقرار أو القرائن ، لأن حكمها الأول تمهيدى  
ولما المدول عنه ، فإن باب أولى إذا كان سبب المدول تنفيذ الحكم التمهيدى (استئناف مخطط  
٢١ يولية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٢١) .

وكان مثلاً روى - في عهد تقنين المرافعات السابق - يلحظ إلى عدم جواز المدول من  
تنفيذ الحكم التمهيدى بعد صدور ، حتى لو كانت المحكمة قد أصدرته من تلقاء نفسها . وقد قضت  
محكمة الاستئناف الأهلية بأن المحكمة ملزمة بحكمها التمهيدى ، ولا يكون لها أن تنظر في الموضوع  
قبل تنفيذه ، ما لم يصح التنفيذ غير ممكن أو لا عمل له ، ولكن يجوز للمحكمة أن تقدر ، عند  
الظرف في تعيين غلط لأحد أطرافها للمتعب للتحقيق ، أن يجرى التحقيق أمامها ( ٧ يناير  
سنة ١٩٠٢ المجردة الرسمية ٢ رقم ٨١ - انظر أيضاً نفس مخطط ٢٠ مارس سنة ١٩١٧  
مجردة مر ٥ رقم ١٧٣ ص ٣٨٢ - الأستاذ محمد حامد موسى في المرافعات ص ١٤٠ ) -  
انظر في حجية الحكم التمهيدى : نفس مخطط ٨ أبريل سنة ١٩١٨ مجردة مر ٥ رقم ٢٩٧  
ص ٥٨٨ (والمطابق الأستاذ محمد حامد موسى في مخطط ص ٥٨٩) - استئناف مخطط ٢١ ديسمبر  
سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٧١ - ٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٧٠ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١١  
م ٢٤ ص ٥١ - ٢٤ يولية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٢٨ - ١٥ يولية سنة ١٩٢١  
م ٣٣ ص ٢٩٦ - ١٩ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٠٣ - ١٧ يناير سنة ١٩٢٤  
م ٣٦ ص ١٥٨ - ٦ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٢٩ - ١٠ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٦٠  
ص ١١٤ .

### المسألة بالنتيجة التي أدى إليها (١).

ولكن تقنين المرافعات الجديد نص في المادة ١٦٥ منه على أن المحكمة أن تعدل مما أقرت به من إجراءات الإثبات ، بشرط أن تبين أسباب العقول بالخصم . ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء ، بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها . فألحق الحكم التمهيدى بالحكم التحضيري ، وأزّل الحكمان منزلة سواء في جواز حلول المحكمة عن تنفيذ الحكم بعد إصداره ، ولو كان حكماً تمهيدياً صدر بناء على طلب أحد الخصوم . وقد نبذ تقنين المرافعات الجديد تقسيم الأحكام إلى تحضيرية وتمهيدية بعد أن سوى بينها في الحكم . فلا يجوز الحكم التمهيدى بحجية الأمر المقضى ، سواء أصدرته المحكمة من تلقاء نفسها أو صدر بناء على طلب أحد الخصوم ، في الحالتين يجوز للمحكمة العدول عن تنفيذه ، وإذا هي نقلته لم تنفذ بالنتيجة التي أدى إليها كما سبق القول .

غير أنه يجوز أن يتضمن الحكم التمهيدى - أو الحكم التحضيري - حكماً قطعياً يفصل في مسألة من مسائل النزاع ، فيحوز هذا الحكم القطعى في هذه

(١) وقد نلفت محكمة النقض بأن الحكم التمهيدى لا تكون له حجية الأمر المقضى ، وليس للقاضي الذى أصدره ملزماً حتماً بالاعتداد على نتيجة التحقيق الذى يحصل تنفيذاً له (نفس ملف ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٠ ص ٢٠٦) . وقفت أيضاً بأن المسألة ، وإن كانت ملزمة بتنفيذ حكمها التمهيدى ومنوعة من الرجوع فيه ، لما كامل الحرية في تقدير أهمية الوقائع التي أقرت بتحقيقها ، ثم نقض في موضوع الدعوى بما تراه حقاً وعدلاً مهما تكن النتيجة التي أسفر عنها التحقيق . فلما صح مع ثبوت الوقائع المأمور بتحقيقها ، أن نقض في الموضوع على خلاف ما يشر به حكمها التمهيدى ، محضنة في ذلك على عناصر أخرى من عناصر الإثبات في الدعوى ، كما لا أن تعبر الوقائع التي كانت زامناً فاسدة ليست كذلك . وإذن فالحكم التمهيدى في دعوى الملكية بالإسالة إلى التحقيق لإثبات وضع اليد على العين المختزح ملغياً لا يحول دون القضاء في موضوع الدعوى على أساس صورية عقد البيع الذى يمسكه به أحد الخصوم في إثبات ملكية . وكذلك لا تشوب على المحكمة إذا هي أحضرت في القول بالصورية على شهادة شهود سمعوا تنفيذاً لحكم التمهيدى الذى أمر بتحقيق واقعة وضع اليد ، إذ أن لما - بعد تنفيذ الحكم التمهيدى - أن تستد في قضائها في الموضوع إلى جميع عناصر الإثبات الموجودة في الدعوى ، ومنها شهادة أولئك الشهود ( نفس ملف ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٢ ص ٢٨٢ ) .

انظر أيضاً : استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٢٣ للحاملة ١٢ ص ١٢٢٨ - استئناف طنطا ١٧ يناير سنة ١٩٢٤ م ٢٦٨ ص ١٥٨ - ٦ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٢٢٦ .

الحالة حجية الأمر المقضي . وذلك كالحكم الصادر بحالة القضية على التحقيق ،  
قد تصرح فيه المحكمة بجواز إثبات الحق المتنازع فيه بالينة ، أو بتحميل أحد  
التخصمين عبء الإثبات ، أو برفض المدعى بدمج بقول المدعى ، أو بغير ذلك  
من الأحكام القطعية<sup>(١)</sup> .

٣٥٩ - **الوقف الموقوف** : وهي أحكام تسبق الحكم في الموضوع  
تفصل في مسائل وقية لا تمس جوهر النزاع . وذلك كالحكم في دعاوى إثبات  
الحالة<sup>(٢)</sup> ، والحكم بالحراسة<sup>(٣)</sup> ، والحكم بنفقة وتحتية المصاحب حتى يفصل في  
دعوى التبرؤ ، والحكم بالزام ناظر الوقف أن يدفع لأحد المستحقين  
نفقة زهرية إلى أن يفصل في دعوى الحساب<sup>(٤)</sup> .

(١) أبرير دورو ١٢ ققرة ٢٩٩ ص ٣٩٩ - ص ٤٠٠ وعائش رقم ١٠٠ - بلايول  
ورويج وجابولد ٧ ققرة ١٥٥٤ ص ٤٠١٩ - ص ١٠٢٠ - الأستاد محمد حامد فهمي في  
المراجعيات ققرة ٦٤٠ - وقد قلقت محكمة الاستئناف مصر بأن القاضي لا يكون ملزماً بإصدار  
الدعوى في حكمة التبرؤ الخلل الذي كان يرى إليه بإصدار حكمة التبرؤ ، لذا أسرت المحكمة بإسالة  
الدعوى على التحقيق لإثبات الفصل من التبرؤ بالينة ، جهازها بعد إتمام التحقيق أن تصرف  
القانون بين مسألة الفصل ، وتحمك بملفوظ الحق بقية اللغة . ولكن إذا لم يكن هناك عمل لإصدار  
القضية حلاً آخر ، فليس المحكمة أن تعود وتقرر في نفس الموضوع عدم جواز إثبات الفصل  
بالينة خلافاً لما حكمت به أولاً ، لأن هذا بعد تناقضاً منها واختلالاً بحجية الشيء المقضي (٢ مارس  
سنة ١٩٣٣ الجلسة ١٣ ص ١٢٣٨) .

(٢) أسيدو ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٣ المندوعة الرسمية ٢٦ ص ٨٦  
(٣) خطا ١٩ مارس سنة ١٩٠٨ المندوعة الرسمية ٩ رقم ٧٩ - مصر الأهلية ١٥ أغسطس  
سنة ١٩٢٧ الجلسة ٨ ص ٢١٨ - وقد قلقت محكمة الاستئناف المخططة بأن الحكم في دعوى  
حراسة مرفوعة من التبرؤ المجهوز عليه قبل مرس المزداد لا يمنع التبرؤ من رفع دعوى حراسة  
أخرى بعد مرس المزداد لتغير الظروف (استئناف خطا ٢١ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٣٨) .  
(٤) استئناف أصل ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ القرائع ٤ ص ٤٢٧ - والحكم القاه بين من  
أي وقت يكون بعد الحساب حكم وقفي لا يجوز حجية الأمر المقضي (استئناف خطا ٢٥ يناير  
سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٩) - والحكم بوقف البيع في الدعوى حركك حكم وقفي لا يجوز  
الحجية (استئناف خطا ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٨) - وقد قلقت محكمة النقض بأنه  
إذا ادعى شخص الحق أمام محكمة المجمع ، وطلب القضاء له مبلغ بمقتضى تبرؤ من طرفه مما  
أسأله من فرد بطلب المجمع ، فالحكم الذي يصدر في صلته لا يمتنع من المطالبة بحكمة التبرؤ  
بعد ما تبين مدى لغيره الحق (نقض صف ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموع ممر ٣ رقم ١٥٠  
ص ٤٢٢) - وقد قلقت أيضاً بأن الحكم الصادر في التبرؤ يملكه أمر الجبر المطلق الموقوف حرمه ما



ويعتبر الحكم الصادر من قاضي الأمور المستعجلة أو في المسائل المستعجلة حكماً واقعياً لا يجوز حجية الأمر المقضي<sup>(١)</sup>.

عل أنه يلاحظ ألا محل للمساس بحكم وقى إذا بقي سيبه قائماً ، ولا يجوز

تدعيمه لدى الغير بحكم وقى غير ملزم للحكمة إذا ما تراعى فيها منه الفصل في الموضوع أن المحزم لم يكن في محله (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ١٦٥) .

(١) والحكم الصادر من القضاء المستعجل ليس حجة على قضاء الموضوع (استئناف غنطط ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢١ - ٢٠ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٤ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩٤ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٠) - وليس حجة على القضاء المستعجل ذاته إذا تغيرت الظروف (استئناف غنطط أول فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٠ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٤٩ - ٥ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٠ - ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٨ - ٦ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٧ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٢٠ ص ٣٤ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٢٣ ص ١٢ - ١٦ مارس سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٢١٨ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٨ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٣ - ١٨ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٣٠ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٥ - ١٩ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٨١ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٠) .

وقد نفى محكمة النقض بأن الأحكام التي تصدر من قاضي الأمور المستعجلة هي أحكام واقعية بطبيعتها ، ولا تكون لها حجية متى تغيرت ظروف الطلب . وإذن ففي كان موضوع طلب المسامح هو في الدعوى تكليف الخبير بحضور انعقاد الجمعية العمومية للشركة لإثبات ما يدور فيها من مناقشات ، وكان الحكم في الدعوى الأولى ، وأن نقض بعدم اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بنظر هذا الطلب ، إلا أنه كان خاصاً بانقضاء سابق للجمعية العمومية ، فإنه لا يكون له حجية الأمر المقضي في أية دعوى تالية خاصة بحضور الخبير أي انعقاد آخر للجمعية بعد أن تغلق النزاع بين مجلس إدارة الشركة والمسامح وقات الخصومة الموضوعية بينهما (نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٠ ص ٦١٥) . ونقض أيضاً بأن القضاء بإجراء أمر وقى لا يجوز حجية الأمر المقضي في أصل موضوع النزاع ، فهو بطبيعته هذه لا يمكن أن يقع تنقضي بينه وبين حكم آخر يصدر في موضوع النزاع المقضي باتخاذ ذلك الإجراء فيه . فإذا صدر نهائياً من القضاء المستعجل حكم بإيقاف تنفيذ حكم نهائي لحين البت في مسألة موضوعية ، فالحكم النهائي الذي تصدره محكمة الموضوع من بعد قاضيها باعتبار ذلك الحكم الموقوف تنفيذه واجب التنفيذ لا يصح الطعن فيه بدعوى أنه عالج الحكم السابق صفوره من القضاء المستعجل (نقض مدني ١٦ فبراير سنة ١٩٣٣ مجموعة ١ رقم ١٠٣ ص ١٨٩) . أنظر أيضاً : استئناف غنطط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢١٨ - أوبري ورد ١٢ بقرة ٧٦٩ حاشي رقم ١١ - وفي عدم جواز الطعن بالباطل في حكم مستعجل بدعوى مستقلة : استئناف غنطط ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٥٠١ .

البدول عنه إلا إذا تغيرت الظروف التي أدت إلى إصداره . فلحكم الوقي  
يكون له إذن حجة مؤقتة ، وتبقى هذه الحجة ما دام سببه المؤقت قائماً ، فلذا  
زال السبب زالت الحجة<sup>(١)</sup> .

### المطلب الثالث

المسك بالحجة في منطوق الحكم لافي أسبابه

٣٦٠- منطوق الحكم : لا تبث الحجة في الأصل إلا لمنطوق الحكم

(dispositif) دون أسبابه (motifs) ، والمنطوق هو الجزء من الحكم الذي يفصل  
في نقط النزاع<sup>(٢)</sup> .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر بقرار نفقة مؤقتة يدور مع طه . وجوباً  
وعسماً . في كان الواقع أنه قضى للطاعة في دعوى حساب على المظنون عليه وأمر بصفتها نظري  
وقض بأن يدفع إليها نفقة شهرية من ريع الوقت حتى يفصل نهائياً في دعوى الحساب المرفوعة  
مها ، وكان المسك قد بين وقت صدور على نزع نظري الوقت أحياناً كانت للطاعة لنقض فيه  
عليها ، ثم زال مجرد بوضع يدفع على هذه الأعيان واستمرار حيازتها لحساب قبل دفع القسوى  
بانتهاؤ النفقة ، فانه يكون في غير محله تمسكها بما جاء في منطوق حكم النفقة من توقيع بانتهاؤ  
دعوى الحساب ونسبها على الحكم القاضي بانتهاؤ النفقة إظهار حجة الحكم الصادر بقررها (نقض  
على ٣١ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام للنقض ٣ رقم ٧٥ ص ٤٣٨) .

وقضى بأنه وإن كان الأصل في الأحكام الصادرة في الأمور المسجلة أنها لا تحوز حجة  
الأمر للنقض باعتبارها وقفية ولا تؤثر في أصل الموضوع ، إلا أنه ليس معنى هذا جواز إثارة  
النزاع الذي فصل فيه قاضي الأمور المسجلة من جديد من كان مركز الخصام هو والظروف  
التي انتهت بالمسك هي بينهما ولم يطرأ عليها أي تغيير ، إذ هنا يقع الحكم المسجل طرفي  
المسومة في وضع ماضي يجب احترامه بقضى حجة الأمر للنقض بالنسبة لنفس الظروف التي  
أوجبها ولذات الموضوع الذي كان على بحث الحكم المسجل السابق صدوره ، طالما لم يحصل  
تغير ماضي أو قانون في مركز الطرفين يسرع إجراء مؤقتة مسألة الجديدة للظرف (مصر الكلية  
قضاء مسجل ٢٨ أغسطس سنة ١٩٢٩ الجلسة ٢٠ رقم ٩٤ ص ٢٦٦) .

انظر أيضاً بلامبول وديبير وجايرد ٧ لقرة ١٠٢٩ على رقم ١ .

(٢) استقبلت مخطوطة ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٢٣ - ٢٤ مايو سنة ١٨٩٩  
م ١١ ص ٢٢٢ - ٢٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٣٢٨ - ١٧ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦  
ص ١٣٦ - ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٨٧ - ٨ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦  
ص ٣٠٤ - ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٠ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ =

وقد يفصل المتطوق في بعض تقط النزاع ، لامل وجه صريح ، بل بطريق ضمني (implicitness) ، فنثبت الحجة لهذا المتطوق الضمني مادام هو النتيجة الحتمية للمتطوق الصريح<sup>(١)</sup> (suite nécessaire d'une disposition expresse) . فالحكم الذي يقضى بصحة الإجراءات التي اتخذت لتنفيذ سند تكون له حجة الأمر المقضى في صحة هذا السند وتفاذه ، لأنه مادام قد حكم بصحة الإجراءات التي اتخذت لتنفيذ سند فان هذا يقضى ضرورة صحة هذا السند وقابليته للتنفيذ<sup>(٢)</sup> . أما الحكم الذي يصدر برفض دعوى الاستحقاق لميزز المدعى عن إثبات ملكيته لعين فلا تثبت له حجة الأمر المقضى ، إذا أتيح للمدعى أن يوضح و الحائر ، فأقام الخصم الآخر دعوى الاستحقاق بدوره ولرأى أن يستند إلى الحكم الأول لإثبات ملكيته ، لأن هذا الحكم إنما قضى بأن خصمه غير مالك والحكم بذلك لا يستتبع حتماً أن يكون هو المالك . لكن إذا كان هذا الخصم الآخر قد تمسك في الدعوى الأولى بملكته لعين ، وأمكنه إثبات سبب الملكية ، ورفضت دعوى المدعى حل هذا الأساس ، كان لهذا الحكم الأول حجة الأمر المقضى في الدعوى الثانية<sup>(٣)</sup> .

ص ١٤٧ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٣٧٢ - ١١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ٢٨٠ . لما ما يذكره الحكم من أنه صدر طوعاً أو هيأياً فلا يجوز حجة الأمر المقضى ، والحكمة هي التي تدين ، تطبيق القواعد القانونية ، ما إذا كان الحكم طوعاً أو هيأياً (استئناف غلط ٩ يناير سنة ١٩٢٠ م ٩٢ ص ١٧٢) .

(١) استئناف غلط ٢٤ يوليو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٢٨ - ١٨ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٧٠ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ - ١٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٢٢ .

(٢) وقد قللت محكمة النقض بأنه إذا لم تكف الحجة بطريق إقرارات الخصوم ، بل بعينها وحسبت حقيقة مناهها ، ثم عرضت لما مرة أخرى لطريق المسئول عن مصروفات الدعوى ، ثم حكمت في الدعوى بحد استعراض ظروفها وأدلتها ومن بينها إقرارات الخصوم ، كان ذلك قضاءً حسب النزاع يجوز حجة الأمر المقضى لا مجرد توثيق وإثبات تلك الإقرارات (نقض على ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة ص ١٠٢ رقم ٢٦٦) .

(٣) أوبري ردو ١٢ نقرة ٧٦٦ ص ٤٠٥ وحاشي رقم ٢٤ - ونعرض أيضاً من قضاء محكمة النقض في المتطوق الضمني الذي تثبت له الحجة .

فهناك أحكام قضت بوجود متطوق ضمني تثبت له الحجة . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا طلب لهما الحكم بطلان الزمن المساعد من ملته إلى دائن آخر بطريقة إن هذا القرن حل فلولاً لهروب من الزلاء بدمه ، وكان القلب مضمناً به القضاء سناً بطلان القرص .

كذلك يشمل الموقوف الذي ثبت له الحجة ما قضى به في الدعوى الأصلية وفي الدعوى والفروع النجبة . فإذا دفع المدعى عليه للدعوى بدفع ، أو أقام

أولاً ، وقضى برضى الدعوى بناء على التمام الدليل على علم الدائن المرتب بالدين السابق أو تواضع مع الدين ، كان هذا قضاء مضمناً بصفة التفرص المضمون بالرمز . فإذا عاد المدعى إلى طلب الحكم بطلان هذه التفرص نفسه ، كان الحكم بعدم جواز نظر هذه الدعوى سبق الفصل فيها نهائياً بين الخصوم أنفسهم عليها قانوناً (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة ص ٢٦ رقم ٥٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان هذه الإيجار متأتاً فيه على التجاوز من بعض الأجرة في حالة دفعها في مواضعها ، فإن هذا التجاوز يكون معلقاً ببلت الحق المطالب به وربطه بشروط الوفاء به . فإذا قضت المحكمة لاجر بباقي الأجرة للمستحق على المتأجر بسد تحفظها من إشغال دمه ، فإنها تكون قد قضت في ذات الوقت قضاءً بتمامه إلى موضوع سبق الفصل فيه (نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة ص ٤٠ رقم ٩٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا رفع المقرض دعواه على البائع بطلب تثبيت ملكية العين المبينة وتسلبها إليه بما عليها من بيان ، ونقصه له المحكمة بطلبها ، وأثبات قضاءها بذلك على أن البائع الذي يدفع من تسليم العقار المبيع ، ويؤيد فيه قبل تسجيل هذه البيع مع مطالبة المقرض له بطلب الملكية ، يعتبر كالبائعي في ملك غيره ، ولا يحق له لسو. له حبس البناء لاستيفاء مصاريفه ، ثم رفع البائع على المقرض دعواه بطلب ثبوت تملك البناء كاملة ، نقضت له المحكمة بطلبه ، وأثباته قضاءها بذلك على أن البائع إذ سبق قبل تسجيل هذه البيع كان حسن نية في هذا البناء لا حظاً له في أرض مسروقة له وأن هذا الاصطفاه يرفع عنه سوء نية الخاص الذي يشترطه القانون ، لأن هذا الحكم يقع مخالفاً للحكم السابق الصادر بحجية الأمر المقضي (نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة ص ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١) . وقضت كذلك بأنه إذا صدر بناء على طلب بعض الورثة في مواجهة الباقين حكم نهائي باعتبار فقدان المتنازع في ذلك تركه بخاصيتها جسيماً ، وذلك بناء على اعتبار العقد الصادر به من الورثة لأحدهم وصية لوارث لم يجرها باقي الورثة ، وكان ضاماً بحجة المحكمة في حكمها هذا ، واستندت إليه في إبطال ذلك التصرف وصية ، فقد هرد أثناء حيازة الورثة بين الآن الذي صدر له التصرف وبين أخوته المذكور الثلاثة نص فيه ، فيما نص عليه به ، على أن هذا فقدان يكون بعد حياة الورثة هؤلاء الأربعة ، ثم رفع بعد ذلك اثنين من الأربعة دعواهما على الاثنين الآخرين (وهما الصادر له التصرف) بطلب تثبيت ملكيتهما على النصف في هذا فقدان الذي هو موضوع التصرف ، وحكم في هذه الدعوى باعتبار فقدان المذكورين هؤلاء الأربعة الأربعة دون باقي الورثة ، وذلك طبقاً للعقد المبرم بينهم السالف ذكره ، فهد الحكم في صورته هذه يكون قد جاء على خلاف الحكم السابق الصادر بين الخصوم أنفسهم وباجتزاء لحجية الأمر المقضي ، ويكون مضمناً نقضه (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة ص ٤ رقم ٢٤٤ ص ٦٤١) .

وهناك أحكام نفت وجود متفرق ضمنى تثبت له الحجة . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا قضى الحكم المدني بتدعيم الحساب من لغة حين يملكها دون أن يرد في معطوفه ولا في

دعوى عارضة<sup>(١)</sup> (demande reconventionnelle) ، أو أثيرت مسألة أولية (question préjudicielle) من أى الخصمين ، تقضى المحكمة في كل هذا ، فإن المنطوق الصادر في جميع هذه المسائل الفرعية تكون له حجية الأمر المقضى كالمنطوق الصادر في الدعوى الأصلية<sup>(٢)</sup> .

— أسبابه ذكرتها كالتالي ما أنشأ المدعى عليه في المبنى أثناء وضع يده ، فلهذا الحكم لا يمنع المدعى عليه المذكور من مطالبة المدعى فيها ببد بتكاليف هذا الذي أنشأه من ماله الخاص ، ما دامت الملكية شيئاً وتكاليف إبنائه شيئاً آخر ، وما دام الحكم لا يقطع عنه حقاً وبطريق القرم العقل أنه قصر في شأن هذه التكاليف ( نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة محر ١ رقم ٢١٢ ص ٥٠٩ ) . وقضت أيضاً بأنه إذا دار النزاع في دعوى قسمة حول سبق وقوع القسمة بالتراضي ، ثم أصدرت المحكمة حكمها بتدب عبير لإجراء القسمة ، فإن حجية هذا الحكم تقف عند حد ثبوت القسمة التي كانت موضع الجدل والتنازع بين طرق الخصومة . والاحتكام للواجب لهذا الحكم في حدود هذه الحجية ليس من شأنه أن يمنع المدعى عليهم في دعوى القسمة ، وهم من صدر الحكم عليهم ، من أن يدعوا ملكية بعض الأعيان التي قالوا بقسمتها تأسيساً على أنهم وضعوا يدهم على هذه الأعيان مفرزة بنية تملكها بالملءة للعلوية المكتسبة للملكية . فإذا قضى لهم بالملكية على حسنا الأساس ، فلا يكون هذا القضاء ضاراً لما قضى به من قبل من ثبوت وقوع القسمة . فإن ثبوت القسمة لا يفضي حقاً قيام الفروع إلى اليوم الذي صدر فيه الحكم الذي ثبوت القسمة ، إذ لا تلازم بين انقضاء القسمة وقيام الفروع ، لأن واحداً من الملاكات المتضمنين أو بعضهم قد يستقل بوضع يده على جزء من الملك الشائع بنية تملكه لنفسه ، وقد يتم له هذا التملك بإنقضاء المدة الطويلة المكتسبة للملكية ، وفي هذه الصورة لا يوجد فروع ، على أن قسمة لم تقع (نقض مدني ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة محر ٥ رقم ص ١٤٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا طعن في عقد بالتزوير ثم أعطي المظنون ، فذلك لا يمنع من أن يظن في ذات العقد بأنه وصية ، لأن المظنون في العقد بأنه وصية لا ينافي صدوره من أسد إليه (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة محر ٥ رقم ٧٨ ص ١٧٤) . وقضت كذلك بأنه إذا صدر حكم بإجراء القسمة على أساس حكم بتقسيم الميراث صدر من المحكمة الفرعية في حق بعض الورثة وسكن من محكمة الاستئناف المدنية بالتصويل في حق وإثر آخر على حكم المحكمة الفرعية ، فإن صيرورة حكم القسمة نهائياً سائرأ قوة الأمر المقضى لا يجوز دون المظنون بالتقضى في حكم محكمة الاستئناف ، لأن نصير هذا الحكم إذ يكون سطقاً بنتيجة الفصل في المظنون فيه فإن حكم القسمة يمتثل بهذا النصير نفسه (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة محر ٥ رقم ٤٢١ ص ٧٧٠ مع تطبيق الأستاذ محمد سليم قاضي جملش صفحة ٧٧١) .

(١) نقض مدني ٢٢ يونيو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام التقضى ١ رقم ١٥٥ ص ٦٢٢ .

(٢) أبريل مدني ٢٢ يونيو سنة ١٩٥٠ ص ٧٦٩ رقم ٤٠٤ — ولكن الحكم بإجابة الطلب الأصل لا يكون حجة في رفض الطلب الاحتياطي . وقد نفت محكمة التقضى بأنه إذا كان المدعى قد تقدم إلى المحكمة بطليين أحدهما أصل والآخر احتياطي ، فإنه إذا ما أوجب الطلب الأصل سقط الطلب الاحتياطي من تلقاء نفسه وانقطع عن الدعوى فأصبح غير مائل في الخصومة ، إذ للمضى لا يريد =

على أن المطلوب لا تكون له حجية الأمر المقضي إلا حيث يفصل في مسألة واقع لا في مسألة قانون<sup>(١)</sup> . ويجب أن يفصل في نزاع كان محل مناقشة بين الخصمين ، وتقدم فيه كل منهما بطاوعه وطلباته<sup>(٢)</sup> . أما ما عسى أن يرد في المطلوب من عبارات عارضة لم تكن محل مناقشة ، فليست لها حجية الأمر المقضي<sup>(٣)</sup> . مثل ذلك أن يقضى بالحكم على المدعى بدفع فوائد الدين دون أن يناقش مقدار هذا الدين بين الخصمين في الدعوى ، فالمطلوب الذي يرد فيه ذكر مقدار الدين

« أن يحصل التقاضي بالطلب الإجمالي إلا إذا لم يقض له بالطلب الأصل . وإذا كانت المحكمة حين نقضت الحكم بالطلب الأصل قد أسست ذلك على سبب واحد هو قولها : « إن الدعوى صحيحة من المستعانت المقضمة من المدعى وطعن تقديم ما يطلبه » ، ثم عسحت مطلوب الحكم بمبادرة « ورفض ما عدا ذلك من الطلبات » ، ولم يكن فيها أوردة في حكمها ما يفيد أنها أرادت أن تهت في موضوع تلك الطلبات الإجمالية ، فإن غاية ما تحمل عليه هذه العبارة أنها من قبيل مجرد التصرز الذي يجري للفتنة على اعتماد أحكامهم به ، إذ أنه لا محل لطلبات الإجمالية بعد قبول الطلبات الأصلية . وإذا لم فلا يعتبر الطلب الإجمالي مقضياً برفضه ، ولا يمتنع تعقيب المطالبة به في دعوى ثانية . وعلى ذلك فلما رفع الشاكن على مدينه دعوى طالباً إلزامهم أصلياً بتسليم مقدار من المصنوعات ليده واستيفاء منه من ثمنه بطريق الاعتراف تطبيقاً لنقض المديونية ، واستحاطاً إلزامهم بدفع مبلغ معين مضامين ، ونقضت المحكمة له بطلبه الأصل ، ثم لما لم يعرف بتفصيل الحكم كل منه دفع دعوى ثانية بطلب إلزام المدينين بدفع باقي الدين مضامين ، فإن موضوع الدعوى الثانية يكون خطئاً عن الموضوع المقضي فيه في الدعوى الأولى . فإذا حكم في الدعوى الثانية بعدم جواز نظرها بقوله إنه بالحكم الصادر في الدعوى الأولى قد سبق للفصل برفض طلب الشاكن في المديونية ، فهذا الحكم يكون خطئاً في تطبيق القانون (نقض مدني ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٢ ص ٦٥٤) — وكذلك ورفض الدفع بحجية الأمر المقضي لا يعتبر فصلاً في سائر الدفوع التي لم يكن قد فصل فيها . وقد نقضت محكمة النقض بأن قرار محكمة الاستئناف برفض الطعن بحجية الأمر المقضي وإحالة القضية على محكمة الدرجة الأولى لنظر الموضوع ، ليس معناه ورفض ما عسى يكون قدم فيها من طفرع أخرى لم يكن فصل فيها ، بل معناه نظر القضية من جديد من حيث الشكل ومن حيث الموضوع ، فلكل خصم أن يبين ما يشاء من الدفوع بشرط ألا تتعارض مع ما نقضت به محكمة الاستئناف في حكمها المصون فيه (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٩٠ ص ١٦٢) .

- (١) استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١١٨ — ويكون الحكم بحجية الأمر المقضي ولو اقتضى على غلط في القانون (استئناف مخطط ٢٢ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٥) ، ولو قضى بما لم يطلبه الخصوم ولم يقض فيه بالاتفاق (في سوف الشكلية ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ المجلد ٩ رقم ٦٠٠ ص ١١٠٠) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .
- (٢) استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٣١ .
- (٣) مخططات مخطط ٢٥ يوليو سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٥٨٦ .

على نحو عارض لا تكون له حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى هذه المسألة (١).

٣٦١ - أسباب الحكم : أما أسباب الحكم فلا تكون لها حجية الأمر المقضي فيها عرضت له من المسائل ، أياً كانت هذه المسائل ، ومهما بلغ من صراحة الأسباب ، ما لم تكن هذه المسائل قد ذكرت في منطوق الحكم قبولاً أو رفضاً على النحو الذي يبناه فيها تقدم (٢).

على أن هناك من الأسباب ما تكون له الحجية . وهي الأسباب التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمنطوق الحكم ، تحدد معناه أو تكمله ، بحيث لا يقوم المنطوق بدون هذه الأسباب ، وبحيث إذا عزل عنها صار مبهماً أو ناقصاً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان منطوق الحكم مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بأسبابه ونتيجة لازمة لها ، فإن هذه الأسباب تحوز حجية الأمر المقضي ، فإذا كان مدار النزاع في الدعوى هو ما إذا كانت ملكية المدعى للأرض خالصة له وحده أو أن له

(١) ولا حجية لحكم ذكر الورثة ولم يفصل في نصيب كل منهم (استئناف مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥) ، أو وصف دائلاً لشركة بأنه دائن غير مباشر ثم أضاف أن هذه المسألة ليست محل بحث (استئناف مخطط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٠) ، أو وصف الخصم بأنه نائب نهاية قانونية دون أن تكون هذه الصفة محل مناقشة بين الخصوم (استئناف مخطط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٠٠) ، أو قضى بالنفقة دون أن يناقش قرابة المحكوم عليه المحكوم له فلا حجية للحكم بالنسبة إلى هذه القرابة (أوبري وردو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٠٣ - ص ٤٠٤) ، أو ذكر عرضاً أن المدعى حيز من إثبات حقه في الميراث دون أن يطرح موضوع الميراث على بساط البحث بين الخصمين ودون أن يستلزم طرحة الدفاع في الدعوى (سوهاج الكلية ٣١ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥٠٤ ص ١١٩٦) .

انظر أيضاً في هذه المسألة : نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧٨ ص ٥٥٢ - ٢٦ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٧ ص ٧٢٠ - نبو سوفي ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١١٠٠ - شين الكوم ١١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٦ . استئناف مخطط ١٥ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٧١ - ٢٧ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٠ - ٨ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٢ . (٢) استئناف مخطط ٧ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٦٥ - ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٠ - ٣ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٨ - ١٠ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٤٤ - ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٢٠٧ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢١ - ومن ثم لا يجوز استئناف أسباب الحكم وحدها دون المنطوق ، إذ المنطوق هو الذي يجوز حجية الأمر المقضي (استئناف مخطط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٧) .

شركائه على الشيوع فيها ، وقد قضت المحكمة المدعى بطلانيته أخيراً بما انتهى إليه الخبير من أن الأرض موضوع النزاع هي ضمن مساحة مملوكة كلها للمدعى ومحدودة وغير شائعة في أطيان أخرى وكان هذا الحكم نتيجة لازمة لما قدمته المحكمة في أسباب حكمها المشار إليه من أن قصة نهاية واقعية حصلت بين المدعى وشركائه في الملك الشائع اختص بموجبها المدعى بأطيانه مفرزة ، فإن هذا الحكم يكون حازراً في خصوص مسألة القسمة حجية الأمر المقضي ، مانعاً من العود إلى المناقشة فيها في أي دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع<sup>(١)</sup> . وقضت أيضاً بأنه لا مانع من أن بعض المقضي به يكون في الأسباب ، فإذا قضت المحكمة بطلان عقد بيع بعد أن استعرضت في أسباب حكمها الأوجه التي دار النزاع حولها طلباً ودفعاً ، وبجئت هذه الأوجه ، وفصلت فيها فصلاً قاطعاً ، وغلطت من بحثها إلى النتيجة التي حكمت بها ، فعنى ذلك أنها بعد أن قضت في هذه المسائل وضعت قضاءها فيها في أسباب الحكم ، ثم وضعت بالمنطوق الحكم بطلان البيع ، وهو نتيجة ما وضعت في الأسباب ، فأصبح الحكم فاصلاً في جميع نقاط النزاع المقدمة المذكور طلباً ودفعاً<sup>(٢)</sup> . أما إذا كانت المحكمة قد عرضت ، زيداً

(١) نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٢ ص ٢٩٢ .

(٢) نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٣٤ مجموعة محرر ١ رقم ١٩٦ ص ٤٢٨ — وقضت أيضاً بأنه متى كان بين من الحكم أنه فصل في أسبابه فصلاً قاطعاً (أولاً) في أن الأرض لقضاء لا تدخل ضمن عقد إيجار المنزل و(ثانياً) في وجوب الأخذ بأجر المثل في تحديد أجرة المنزل و(ثالثاً) في اعتبار عقد الإيجار منتهياً ، فإن المحكمة لا تكون قد أعطت إذ قضت بعدم قبول استئناف هذا الحكم للمرات متبادله فيما يخص هذه المسائل (نقض مدني ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٠ ص ٤٨٢) . وقضت بأن الأسباب المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً بحيث لا تقوم له قائمة إلا بها تكون منه وحدة لا تتجزأ (نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة محرر ٢ رقم ٤٥ ص ١٣٨) . وقضت أيضاً بأنه إذا قرر المجلس المحسبي الوافقة على صلح عقد بين أخ وجميع ورثة أخيه وسنهم قصر ، ولم توافق وزارة العدل على هذا الصلح ، ودفع الأمر إلى القضاء ، وتمسك ورثة الأخ الأول بأن الصلح صحيح بالنسبة للباقيين ، فسكت المحكمة في الدعوى على هذا الأساس برفض دعوى البالغ وتأيدت نوب غير التصفية حسب القصر وحكم ، فهذا الحكم وإن كان منطوقه لم يرد به ذكر الصلح ، إلا أنه ، ما دام قد عرض في أسبابه الصلح وفصل فيه فصلاً قاطعاً ورتب قضاءه على ذلك ، يبرز حجية الأمر المقضي فيما يخص الصلح ، لارتباط تلك الأسباب بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً ، وإن ذلك فلا يصح فيما يمسك بهذا الصلح في مواجهة القصر ، فربما بأن قرار المجلس المحسبي بالتصديق على الصلح هو قرار نافذ ما دامت وزارة العدل لم تطعن في هذا القرار بالاستئناف ، وهو الطريقة الوحيدة لإبطال أثره



في بعض أسبابها ، إلى مسألة خارجة عن حدود النزاع المطروح عليها ، أو لم تكن بها حاجة إليها لتفصل في الدعوى ، فإن ما عرضت له من ذلك في أسباب حكمها لا تكون له حجية الأمر القضي (١) .

== (نقض مدني ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٨ ص ٢٨٢) . وقضت أيضاً بأنه إذا صرحت المحكمة في أسباب حكمها بأن عقود الإيجار التي تملك بها الدائن المرتجئ في تقدير الربع هي عقود صورية ، فإن هذا القضاء القطعي في صورية هذه العقود وفي عدم الاعتماد بها يجوز حجية الأمر القضي لوروده في أسباب الحكم المرتبطة بتطوره ، وعلى ذلك فإذا أخذت المحكمة منه لتصفية الحساب فيما به بالأجرة الواردة في عقود الإيجار ، كان حكمها مخالفاً للقضاء السابق متىما نقضه (نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٤ ص ٢١٢) .

انظر أيضاً : نقض مدني ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٣ ص ٢٣٩ — ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٢ ص ٢٤٤ — ٢٠ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٨ ص ٣١٦ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٩ ص ٢٩٢ — ٨ يناير سنة ١٩٥٢ الحاماة ٣٤ رقم ٦٤٥ ص ١٣٥٩ — استئناف مصر ٧ يونيو سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ ص ٥٣٨ — ١٥ يونيو سنة ١٩٣٣ الحاماة ١٤ رقم ٣٥٢ ص ٦٩٩ — ٢٧ مايو سنة ١٩٣٦ الحاماة ١٧ رقم ١٤٢ ص ٢٩٦ — استئناف أسوط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الحاماة ٩ رقم ١٤٢ ص ٢٤٠ — ١١ فبراير سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ ص ٦٣١ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٣٦١ ص ٧٢٩ — استئناف غنطط ١٠ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٠٦ — ٢٥ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٨٢ — ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ١٧ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٦١ — ٣ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦٧ — ١٧ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٦ — ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٦ — ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٧ — ٢٥ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٧١ — ٢٧ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٢ — ٨ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٢ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٣ — ٢١ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٠ — ٢١ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٨٠ — ٤ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨١ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩ — ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٧ — ١١ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣١٧ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٨ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٧ — ٢٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٢٣ — ٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١٥ — ١٧ فبراير سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٦٣ .

(١) نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣ — وقضت أيضاً بأنه لا يحق من القضاء في دعوى الملكية أن يكون المشتري استرد ماله أو لم يسترد مادام طلب رد المثل لم يكن مبروراً على القاضي . ولا يحق كذلك أن يكون البائع قد رد إلى المشتري ما قبضه من ثمن المبيع رداً مبروراً لذاته أو أن يكون هذا الرد مشوباً بسبب يجعله غير مبرر . ولذا فمن ثم تعرض القاضي في أسباب حكمه إلى مالا تتأثر به دعوى الملكية من ذلك ، فإن ما عرض له يكون ، لعدم تعلقه بالطلب المرفوعة به الدعوى ولعدم اتصاله بالمنطوق ، عدم الأمر ، زائلاً = (٤٣ الوسيط — ٢٦)

حل أن أسباب الحكم التي لا يجوز حجية الأمر للقضي ، وهي التي لا تتصل اتصالاً وثيقاً بالمنطوق « قد يتسلك بها التصور أنفسهم في دعوى أخرى قالية ، وتكون من بين أدلة الإثبات التي يتضمنون بها ، فيقلدوا القاضي دلالها كما يقدر أي دليل آخر (١) » .

٣٦٢- وقائع الدعوى : أما وقائع الدعوى فهي في الأصل لاحجية لما في دعوى أخرى . وإنما هي حجة بما جاء فيها في نفس الدعوى إذا طعن في الحكم بالنقض ، فتضد محكمة النقض بما أثبتت محكمة الموضوع من الوقائع ولا تستطيع أن تعيد عنها . ولا تبسط رقابتها إلا في مسائل القانون .

ولكن قد تكمل بعض وقائع الدعوى منطوق الحكم بحيث يكون المنطوق ناقصاً بلونها ، فتكون للوقائع عندئذ حجية الأمر القضي لها تكمل فيه المنطوق . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم يوضح في منطوق الحكم مقدار الشيء المحكوم به ، وكان هذا المقدار مبيهاً في عرضة انتاج الدعوى وفي وقائع الحكم ، ولم يتنازع فيه الخصم ، ولم تحس المحكمة من جهتها المقدار المذكور بأي نقصان ، فإنه في هذه الحالة الخاصة يتعين اعتبار وقائع الحكم ومنطوقه مكونين في هذه النقطة لجموع واحد لا يتجزأ ، بحيث يكون للحكم فيها يخصن بذلك المقدار حجية الأمر للقضي (٢) .

= حل حجة الدعوى، وهو حل هذا الاحبار لا يجوز كالممنطوق حجية الأمر للقضي ( نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ مجموعة ص ٢ رقم ٤٥ ص ١٢٨ ) - وقضت أيضاً بأنه إذا كان المصعون قد طالبوا بمبلغ ما حل احبار أنه استحقاقهم في يوم وقف عن مدة معينة ، فقصي لهم هذا المبلغ ، وجاء في الحكم لقاضي بذلك إشارة في أسبابه إلى أنه كان يحق لهم أن يطلبوا بمبلغ أكبر منه الحكم ، وصار هذا الحكم نهائياً ، فطالبوا بالفرق بين ما حكم لهم به وبين هذا المبلغ الذي منه الحكم ، فرفضت المحكمة دعواهم حل أساس ما أوردته في حكمها من أسباب ، منها أن تلك الإشارة في أسباب الحكم الأول لاحجية لما لم يوجها عن نطاق الدعوى وعدم لزومها لفصل فيها ، وإنما إنما كانت دليلاً لقفسها بوجهي لم بالمبلغ الذي طلبوه حل أنه كل ما يستحقون لا جزء من استحقاقهم ، فلا تشوب في ذلك حل المحكمة ( نقض مدني ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠ ص ٥٤ - انظر أيضاً : نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة ص ٣ رقم ١٢٩ ص ٣٩٢ ) .

(١) أوبري وردو ١٢ ققرة ٧٦٩ ص ٤٠٣ .

(٢) استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الفرنسية ٢٧ رقم ١٠٤ ص ١٦٣ .

## المبحث الثاني

الشروط الواجب توافرها في الحق للمدعى به

٣٦٣ - شروط ثلثة : لا يكون للحكم حجية الأمر المقضى إلا إذا توافر أيضاً في الحق للمدعى به شروط لثلة :

(أولاً) اتحاد الموضوع (Identité de personnes) .

(ثانياً) اتحاد المثل (Identité d'objet) .

(ثالثاً) اتحاد السبب (Identité de cause)

وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤٠٥ من القانون المدني فيما قدمناه إذ نقول  
«ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم ، ولعل في ذلك الحق محلاً وسبباً» (١) .

(١) وقد قننت محكمة النقض بأن القواعد الخاصة بحجية الأمر المقضى هي من القواعد الصيقة التفسير التي يجب الاحتراز من توسيع مدى غولها ، من أجل الإضمار التي قد ترتب على هذا التوسع . وإذا لم تكن لتجعل أي شرط من شروط تلك القاعدة ، كالسبب أو الموضوع أو الأشخاص ، فإن أعطفت أيها في الدعوى الثانية مما كان عليه في الدعوى الأولى ، وجب التفسير بالأحجية للحكم الأول تمنع الدعوى الثانية ( نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ - ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص ٣٧ ) - انظر أيضاً : استئناف مخطط ٢ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢١٢ - ١٥ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٥٨ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٢١ - ٢٣ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٠٦ - ٢٤ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٤٤ - ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧ - ٢ يوليو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٠٦ - ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٥٧ - ٣٠ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦ - ٢٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٦ - ٢٧ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٩٥ .

ومن ثم فدعوى البتة المرفوعة أمام المحكمة الشرعية ودعوى شهادة الزور المرفوعة أمام محكمة الجلب يطلب حجاب الشهادة التي قدمها في دعوى البتة مما دعويان مختلفتان طبياً وسبباً وعصوماً ، والبحث في أحوال الشهود أمام محكمة الجلب لا يعتبر تعديداً للنزاع في البتة التي ثبتت نهائياً بالحكم الشرعي ، لأن وسعة المسألة المبحوث فيها في الدعويين وفي استكثار أو إحصار شهادة الشهود لا تعتبر شيئاً من إعطاف الدعويين في موضوعهما ، لا سيما أن لفظه الإسلاسي إنما يوجب قضيان فقط على شهادة الزور ولكن لا يفسخ الحكم القائم على شهادتهم (مادة النقض الجنائية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الفرنسية ٣٠ رقم ٥) .

## المطلب الأول

### اتحاد الخصوم

٣٦٤ - الحكم مجزئ على الخصوم أنفسهم : لا يكون للحكم حجية إلا بالنسبة إلى الخصوم أنفسهم . فالحكم كالتقدي لا يسرى أثره إلا في حق من كان طرفاً فيه . ولا يمتد هذا الأثر إلى الغير . فلذا حصل المستأجر على حكم ضد المؤجر بتسليمه العين للمؤجرة ، فإن هذا الحكم لا يكون حجة إلا على من كان خصماً في الدعوى ، أي على المؤجر والمستأجر . أما غير هذين ، كالمشتري للعين للمؤجرة ، فلا يكون الحكم حجة عليه ، وله بالرغم من هذا الحكم أن يرفع دعوى على المستأجر يطالبه فيها بالعين إذا لم يكن له قد الإيجار تاريخ ثابت سابق على البيع . أما المؤجر ، وهو أحد الخصوم في الحكم ، فلا يستطيع أن يرفع الدعوى من جديد على المستأجر ليطرح نفس النزاع الذي سبق أن فصل فيه الحكم (١) .

ويرجع اشتراط اتحاد الخصوم في حجية الأمر للقضى إلى مبدأ حياد القاضى الذى أسلفنا الإشارة إليه ، لا إلى الخشية من تعارض الأحكام . فقد كان يكفى لمنع تعارض الأحكام أن نشترط اتحاد المثل واتحاد السبب ، فيكون الحكم في مسألة معينة حجة في نفس المسألة متى اتحد المثل والسبب ، ويمتنع بذلك صدور حكم متعارض مع الحكم الأول . ولكننا اشترطنا أيضاً اتحاد الخصوم ، حتى إذا ما اختلف الخصوم لا يكون الحكم حجة ولو مع اتحاد المثل والسبب . ذلك بأن الخصوم في الحكم الأول هم الذين تقدموا بالبيات ادعائهم ودفعهم بالطرق التى ارتأوها والتى كانت في أيديهم ، والقاضى معايد في كل ذلك ، يترك الخصوم إلى أنفسهم يقوم كل بما يستطيع القيام به لإثبات ما يدعيه . فلا يجوز أن يكون الحكم الذى يصدره في هذا الجو المعايد حجة على خصوم آخرين لم يخطوا في الدعوى الأولى ، ولم يحضروا من تقدير ما بأيديهم من وسائل

(١) الوجز المؤلف لفرة ٧١٢ ص ٧٣٧ .

لإثبات ما يدعون . والحقيقة القضائية ليست حقيقة مطلقة ، بل هي حقيقة نسبية كما سبق القول .

٣٦٥ - وعلى الخصوم بنفس صفاتهم : والمراد بانحاد الخصوم هو انحادهم قانوناً لا طبعية . فإذ كان لأحد الخصوم نائب مظه في الدعوى - وكيل أو وصي أو قيم أو سنديك أو غير ذلك<sup>(١)</sup> - فالحكم حجة على الأصل لا على النائب . ولا تمنع هذه الحجة النائب من أن يعود إلى رفع الدعوى من جديد بصفته أصيلاً لا نائباً . فإذا طالب أب بحق ادعاه لابنه بصفته ولياً عليه ، فرفضت دعواه ، فإن هذا الحكم لا يمنع الأب من أن يعود إلى المطالبة بهذا الحق لنفسه هو بصفته أصيلاً<sup>(٢)</sup> . والحكم على سنديك بهذه الصفة ليس حجة عليه بصفته الشخصية<sup>(٣)</sup> . والحكم على مستحق في الوقف ليس حجة على الوقف ذاته ، ولا مقاصة بين حق الوقف ودين على أحد

(١) وقد يكون هذا الممثل هو القوارث الظاهر . فالحكم الصادر في مواجهة الوارث الظاهر له أو عليه ، يكون حجة لوارث الحقيق أو حجة عليه ، وذلك وفقاً لنظرية القوارث الظاهر (أوبري ورد ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤١٥) .

(٢) الموجز المؤلف فقرة ٧١١ ص ٧٣٨ — ولكن الحكم يكون حجة على الابن ، فلا يستطيع بعد بلوغه من الرشد أن يعود إلى رفع الدعوى من جديد . ويشترط لذلك أن يكون الأب قد سار في الدعوى في حدود نيابته ولم يجاوز سلطته الشرعية . وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام الانتهائية الصادرة في مواجهة مثل الخصم لا تسرى على نفس الخصم إلا في حدود نيابة الممثل والسلطة المأولة له . وإذن فالقيم إذا عقد اتفاقاً من محجوره واشترط فيه التقاضي في كل نزاع بشأنه أمام محكمة جزئية بمنهيا تفصل فيه نهائياً ، فإنه يكون متجاوزاً في ذلك حدود سلطته بقتضائه من حق محجوره في نظر النزاع أمام المحكمة المختصة بالفصل فيه ، جزئية كانت أو كلية حسب القانون ، وفي نظره أمام جميع درجات التقاضي ، ذلك التنازل الذي لا يملك القيم إلا بإذن من المجلس الأعلى لما فيه من الأضرار بالمحجور عليه ، تيسراً على الصلح الذي أوجب القانون صراحة الإذن به وما ذلك إلا لما فيه من التنازل عن بعض الحقوق . وإذن فالحكم الذي يبنى على هذا الاتفاق لا يلتزم به المحجور عليه ، بل يعتبر أنه صدر على شخص القيم مجرداً من صفته ، وإعلانه إلى القيم الجديد لا يترتب عليه أي أثر على الإطلاق ، فهو لا يمنه من أن يخاضع باسم محجوره بدعوى أخرى (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة صر ٣ رقم ٦١ ص ٢٠٩) .

(٣) استئناف مخطوط ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٦ - ٨ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٧ - ولكن الحكم على السنديك بهذه الصفة حجة على جميع الدائنين ، إلا إذا وجد لأحد منهم صلح خاص (استئناف مخطوط ١٥ يونيو سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٢٩٤) .

**المستحقين<sup>(١)</sup>. والمحكم على خصم بصفته صاحب الحق المدعى به لا يكون حجة عليه إذا رفع الدعوى من جديد باعتباره متنازلاً له عن هذا الحق من صاحبه<sup>(٢)</sup>.**

(١) استئناف مخطط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٩٦ - وقد قضت محكمة النقض بأن البعثة في اتحاد الخصوم لها يتعلق بحجية الأمر المقضي إنما هي بالخصوم من حيث صفاتهم لأن حيث أشخاصهم ، وإذن فالحكم الصادر في وجه خصم بصفته الشخصية لا تكون له حجة قبل هذا الحكم باعتباره ناظرًا على وقف ، لأن صفة النظارة لنفسه قد تتعارض مع صفته الشخصية (نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٩ ص ١١٤) . وقضت أيضاً بأن الحكم الصادر قبل ناظر الوقف بصفته الشخصية لا يؤثر على وضع يد الوقف ولا يحرز حجية الأمر المقضي بالنسبة إليه (نقض مدني ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٠٢ ص ٧٩٦) .

(٢) أوبري دور ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٢٨ - ص ٤٢٩ - وقضت محكمة النقض بأن الحكم الذي يصدر في دعوى الاستحقاق الفرعية في إجراءات التنفيذ على العقار يكون حجة على المدين المؤذمة ملكته المقتضى فيها ، لأنه خصم حقيقي فيها ولا تنفذ الخصومة بقوله . إذ أوجب المادة ٩٥٥ مرافعات (٧٠٥ جدي) إقامة الدعوى عليه (نقض مدني ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٠ ص ٦٤٩) . وقضت أيضاً بأن الحكم الصادر في دعوى الاسترداد نهائياً بالنسبة إلى بعض الخصوم يصبح نهائياً بالنسبة إلى هذا البعض إذا لم يسانفوه في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره ، متى أصبح نهائياً فلا يجوز إعاد حجيته بقوله إنه صدر بالتواطؤ بين من صدر له وأحد الخصوم (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٩ ص ٩٨) - وقضت أيضاً بأنه إذا رفع دائن دعواه على مدينه المؤجر وعلى المستأجر من طالباً إلقاء عقد الإيجار المبرم بينهما لصوريته ، ورفع المستأجر دعوى فرعية طلب فيها الحكم بفسخ العقد وإلزام الدائن والخارس المدين بناء على طلبه بتعويض ، ففضي بصورة العقد ورفض الدعوى الفرعية ، ثم رفع المستأجر دعوى على المؤجر طلب فيها الحكم عليه بمبلغ حقه ، هو ما صله له من أجرة الأرض وما تكلفه من المصاريف وما قدره لنفسه من التعويض ، فدفع المؤجر بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، ففضي برفض هذا الدفع على أساس ما هو ثابت من أنه في الدعوى الأولى لم يوجه للمستأجر إلّا المؤجر أي طلب وأن المارسل لا يمثل المؤجر فيها وجهه إليه المستأجر من طلبات ، فهذا الحكم لا يكون محلاً بحجية الأمر المقضي ، إذ الخصيان في الدعوى التي صدر فيها لم يكن أحدهما خصماً للآخر في الدعوى السابقة الفصل فيها (نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧١ ص ٣٨١ مع تعليق الأستاذ محمد حامد لعلس بهاش ص ٣٨١ - ٣٨٢) - وقضت محكمة الاستئناف المخططة بأن الحكم على شركة بالتضامن حجة على جميع الشركاء بالتضامن ، ويجوز تنفيذ على كل منهم بمفرده دون حاجة إلى حكم آخر عليه (٤ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان تظهير الكيالة لا يمثل إلا توكيلاً ، فالحكم على حامل الكيالة (الوكيل) حجة على المظهر (الوكيل) . (استئناف مخطط ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٤) - وقضت محكمة الإكستردية للكلية بأن اختلاف الحاضرين في دعوى استرداد يمل

٣٦٦- وهو ميم على خلف الخصوم: وليس الحكم حجة على الخصوم وحدهم ، بل هو حجة أيضاً على خلف الخصم ، سواء كان الخلف عاماً أو خاصاً .

فهو حجة على الخلف العام . وتكون له حجة الأمر المقضي بالنسبة إلى وريثة كل من الخصمين ، والموصى لم يجره من مجموع التركة . فهؤلاء يكونون محكوماً لم أو محكوماً عليهم تبعاً لما إذا كان السلف هو الخصم الذي كسب الدعوى أو الخصم الذي خسرها . ولكنهم لا يكونون خلفاً عاماً إلا باعتبار أنهم يتقنون هذا الحق من مورثهم . فلو أن المورث باع عيناً واحتفظ بحيازتها وبحق الانتفاع فيها ، ثم رفع عليه المشتري دعوى يطلب الحكم فيها بصحة البيع ، فحكم له بذلك ، فإن هذا الحكم لا يكون حجة على الورثة الذين يتسكون بأن البيع حقيقته وصية تزيد على الثلث ، مستنديين في ذلك إلى المادة ٩١٧ من القانون المدني . ذلك بأن الورثة ، وهم يطعنون في البيع ، يستملكون حقاً خاصاً بهم لاحقاً تلقوه من مورثهم ، فلا يكون الحكم الصادر في مواجهة مورثهم حجة عليهم (١) .

وهو حجة على الخلف الخاص . ويشترط في ذلك أن يكون الحكم متعلقاً بالعين التي انتقلت إلى الخلف الخاص ، وأن تكون الدعوى التي صدر فيها الحكم قد رفضت وسجلت صحيفتها قبل انتقال العين إلى الخلف الخاص (٢) . مثل ذلك

---

بشرط اتحاد الخصوم إخلالاً جوهرياً ، حتى لو كان المدعى المهجوز عليه والمسترد فيهما واحداً ، وذلك لأن الحاجز في دعوى الاسترداد هو الخصم المهاجم وهو صاحب الصلحة الحقيقية (٧ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ ص ٨٩٥) .

(١) وعندما كان الوقت الأمل قائماً ، كانت وريثة المستحق في الوقت الذين يلزم في الاستحقاق لا يتقنون حقهم في الاستحقاق من مورثهم ، بل عن الوقت رأساً . وقد قضت محكمة مصر الأهلية بأن الأحكام الصادرة في مواجهة مستحق في الوقت لا تسري على وريثه ، لأن لفظة في الدعوى غير متصلة (٢٩ مايو سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ٣١٩) - وقضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر في وجه إنسان لا يكون حجة على من يخلفه من ولورث أو شتر أو منطلق من إذا استند هذا الخلف في إثبات طليقة إلى سبب آخر غير الطلق ، مستغنياً بهذا السبب الأخير من الطلق (نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٢٤ مجموعة محر ١ رقم ١٨٤ ص ٤٠٣) .

(٢) استئناف غنطط ١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٩٠ - ١٤ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٩٨ - ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٢ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣٣ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٨ - ٧ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٦٨ .

أن يصدر حكم على مالك لأرض بوجود حق ارتفاق على هذه الأرض ، وبعد رفع الدعوى وتسجيل صحيفة ، يبيع المالك الأرض ، فيكون الحكم في هذه الحالة حجة على المشتري لأنه التلّف الخاص للبائع (١). أما إذا كان تسجيل البيع سابقاً على تسجيل صحيفة الدعوى التي صدر فيها الحكم ، فلا يكون المشتري عطفًا خاصاً ، ولا يكون الحكم حجة عليه (٢). وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر في نزاع على ملكية عقار لا يكون نافذاً على من اشتروا وسجلوا عقدهم قبل رفع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم ، لأن من اشتروا قد أصبحوا بعد البيع ذوي حق خاص ، ولم يبق للبائع صفة في الخاصصة بالنيابة عنهم بشأن هذا الحق ، وعلى ذلك فلا يكون الحكم الصادر في دعوى تثبيت الملكية ضد البائع حجة الأمر القضي بالنسبة إلى المشتري (٣). وعلى العكس من ذلك ، إذا

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن الحكم الصادر في مواجهة البائع حجة على المشتري إذا كان البيع تالياً لصعود الحكم ، ولو كان هذا الحكم غير نهائي (٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ من ٢٦٥) - ولو كان هذا الحكم صادراً من محكمة أهلية بين وطنيين وكان التلّف الخاص أجنبياً (٣ يولية سنة ١٨٩٩ م ٣ من ٢٥٠ - ٢٣ مايو سنة ١٨٩١ م ٦ من ٣٠٦ - ٢٨ يولية سنة ١٨٩٥ م ٨ من ٢٠ - ١١ يولية سنة ١٨٩٦ م ٩ من ٨) - ولو لم يسجل المحكوم له الحكم الصادر لصالحه (استئناف مخطط ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ من ١٤٨ - ٢٩ يولية سنة ١٩١٠ م ٢٢ من ٣٩٠ - ٧ يولية سنة ١٩١٢ م ٢٥ من ٦ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ١٤٣ - ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ٢٤٩) .  
والحكم الصادر لقائز التركة على الوارث حجة على المشتري من الوارث (استئناف مخطط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٣٨٠) - والحكم على المستأجر المنوع من الإيجار من الباطن بالإعلاء حجة على المستأجر من الباطن ولو لم يدخل في الدعوى (استئناف مخطط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ من ٦٠ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ من ٤٥) - والحكم باللفظة على مقر حجة على المشتري من هذا المشتري (استئناف مخطط ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٣ من ٢٥٤) .  
(٢) استئناف مخطط أول يولية سنة ١٩١٠ م ٢٢ من ٣٥١ - ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ١١٤ - ١٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ١٤٨ - أما إذا كان تسجيل البيع في أثناء رفع الدعوى وبعد تسجيل صحيفة فالحكم حجة (استئناف مخطط ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ من ٣٠ - ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ من ١٧٤ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ٢١٤ - ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٥١٤) .  
(٣) لقض ملف ١٩ يولية سنة ١٩٣١ مجموعة ١ رقم ١ من ١٣ - انظر أيضاً :  
لقض ملف ٢ يولية سنة ١٩٣٩ مجموعة ٢ رقم ٢ من ١٠ - ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة ٢ رقم ٣ من ٨٧ - ٢٩٤ - ٥ أبريل ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٨ من ٥٩٢ -

(٣) لقض ملف ١٩ يولية سنة ١٩٣١ مجموعة ١ رقم ١ من ١٣ - انظر أيضاً :  
لقض ملف ٢ يولية سنة ١٩٣٩ مجموعة ٢ رقم ٢ من ١٠ - ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة ٢ رقم ٣ من ٨٧ - ٢٩٤ - ٥ أبريل ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٨ من ٥٩٢ -



رفع شخص دعوى استحقاق على المشتري دون إدخال البائع خصماً في الدعوى، وحكم المدعي بالاستحقاق ، فإن هذا الحكم لا يكون حجة على البائع<sup>(١)</sup>.

### ٣٦٧ - كاهر ميمز على الدائنين : ويكون الحكم حجة أيضاً على

= ونقلت محكمة النقض أيضاً بأن الدعوى المقامة من الدائن المرتين حازياً على الدين الرامن بمطالبته بالدَيْن وحسب الدين المرفوعة لا يكون الحكم الصادر فيها بطلبات المدعي حجة قبل من اشترى الأرض بقصد تسجيل قبل الزمن . فلذا باع هذا المشتري الأرض المذكورة لآخر بقصد غير سجل ، وأقيم المشتري الثاني دعوى على البائع له وعلى المرتين طالباً الحكم له بصحة العقد المرفوع الصادر له ونفاذه وشطب التتبعات المرفوعة على الأرض ومحوها ، بأنباء دعواه على أن عقد الزمن صدر من غير مالك بعد عقد الشراء المسجل الصادر لبايائه ، تحكم في هذه الدعوى بطلباته ، فهذا الحكم لا يصير مخالفاً للحكم السابق صدوره بإلزام المدين بالدَيْن وحسب الدين (نقض مدني ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة حر ٥ رقم ٣٩٥ ص ٧٢٢) . ونقلت أيضاً بأن التبريك في ملك شائع الذي يتصرف في حصة الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر مطلاً لمشتري منه متى سجل هذا الأخير بعد شرائه وانتقلت إليه بملك ملكية الحصة المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة . وإذا لم يكن أحد الشركاء في ملك شائع رفع دعوى بلفرض وتجنب نصيبه في هذا الملك ، وأثناء سير الدعوى اشترى المظنون عليها الأولان الحصة الشائعة لأحد الشركاء ، وأرادا الفصل في دعوى القسمة فرفضت المحكمة تدخلهما بنها على اعتراض أحد الشركاء ، وصادت إجراءات القسمة في غير مواجهتهما ، فلا يكون الحكم الصادر في دعوى القسمة المشار إليها بتخصيص كل من طالبى القسمة بتصيب بلفرض حجة عليهما (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ من ٣٧٠) .

انظر أيضاً : محكمة الاستئناف الأهلية ١٧ مارس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩٦ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ اقتراعي ٢ ص ١٥١ - استئناف مخطوط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٩ - ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١١٤ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٤٨ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٨ - ٢ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ١٥٤ - وقارن : استئناف أهل ١٠ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١١٢ . والحكم الصادر بانتفاء الدين يكون حجة على المتنازل له عن هذا الدين إذا كان إطلائاً هذا المتنازل إلى الدين لاحقاً لصحيفة الدعوى بانتفاء الدين (أوبري دور ١٢ فترة ٧٦٩ ص ٤٠٨) .

وانظر في هذا الموضوع الأستاذ عبد السلام فخفي في الأملية جزء ٢ ص ٢٤٦ - ٢٧٦ . (١) نقض مدني ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٧ ص ٦٣٥ - استئناف أهل ١٠ مايو سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٢٣ - مصر الأهلية ٢٣ يناير سنة ١٩٣٤ المجلد ١٥ رقم ٢/١٧ ص ٣٧ - استئناف مخطوط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ ص ١١٢ م ٧٤ .

دائى الخصم . فلذا صدر حكم على شخص باستحقاق العين التى وضع يده عليها ، فان هذا الحكم يكون حجة على دائى هذا الشخص ، ومن ثم لا تعتبر العين مملوكة للمدين ، ولا يستطيعون التنفيذ عليها . ويستوى فى ذلك أن تكون حقوق الدائنين تالية لرفع دعوى الاستحقاق أو سابقة عليها<sup>(١)</sup> . كذلك إذا صدر الحكم فى دعوى الاستحقاق لصالح المدين وقضى برفض دعوى المستحق ، فان هذا الحكم يكون حجة للدائنين . وإذا كان المدين يمثل دائته فى الأحكام التى تصدر عليه أو له ، فان الدائن على العكس من ذلك لا يمثل المدين<sup>(٢)</sup> . ويترب على ذلك أنه إذا رفع الدائن دعوى باسم مدينه ، مستعلا حق المدين وفقاً للمادة ٢٣٥ من الترتين اللئى ، فان الحكم الذى يصدر فى هذه الدعوى لا يكون حجة على المدين ما لم يكن قد أدخل فى الدعوى ، وبذلك قضت المادة ٢٣٥ سالفه الذكر إذ نصت على أنه « لا يشترط إعلال المدين لاستعمال حقه ، ولكن يجب إدخاله خصماً فى الدعوى » . ولا يكون الحكم كذلك حجة على الدائنين الآخرين إلا إذا أدخلهم المدعى عليه فى الدعوى<sup>(٣)</sup> .

على أن تمثيل المدين لدائته ، فى الأحكام التى تصدر عليه ، لا يستقيم فى جميع الأحوال . فهناك أحوال ثلاثة يكون الدائن فيها من الغير بالنسبة إلى الحكم الذى يصدر ضد المدين ، ولا يسرى هذا الحكم فى حقه :

(الحالة الأولى) إذا تواطأ المدين مع خصمه فى الدعوى التى صدر فيها الحكم ضده ، أو تعمد خسارة الدعوى إضراراً بدائته ، أو أهمل إهمالاً جسيماً فى الدفاع عن حقه . ففى هذه الحالة يحق للدائن أن يطلب اعتباره من الغير ، فلا يسرى الحكم فى حقه . وهذا ما يفعله الدائن أيضاً فى الدعوى البولصية عندما يظن فى التصرف الصادر من مدينه إضراراً بحقه . وهو إذا كان يلجأ فى اعتبار التصرف غير سار فى حقه إلى الدعوى البولصية ، فانه يلجأ فى اعتبار الحكم غير سار فى حقه إلى اعتراض الخارج عن الخصومة (tierce-opposition) .

(١) استئناف غنط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ، ص ٢٥ (ولر كان الحكم ، وقت قيام الأحكام المخطئة ، صادراً من محكمة وطنية بين وطنيين وكان الدائن أجنبياً) .

(٢) حل أن الدائن يمثل الدائنين الآخرين متباً لمبادئه لإجراءات نزاع الملكية فى كل ما يلهى دولا (استئناف غنط ٢٢ مايو سنة ١٩٢٠ م ، ص ٥١٤) .

(٣) استئناف غنط ٥ يولييه سنة ١٩٢٠ م ، ص ٢ - وهذا ما لم تنفع الدعوى بهم فربما لعم إدخال المدين خصماً فيها .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ من تقنين المرافعات على أنه « يجوز لمن يجبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها ، أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات خسر من كان يمثل أو توطئه أو إهمال الجسيم »<sup>(١)</sup>. وسنرى فيما يلي أن الغير الذي لا يسرى الحكم في حقه ، كالدائن المتضامن والمدين المتضامن ، يستطيع أيضاً أن يلجأ إلى اعتراض الخارج عن الخصومة<sup>(٢)</sup>. ولكن هناك فرقاً جوهرياً بين الدائن والغير . فالحكم الصادر ضد المدين يسرى في حق الدائن ، إلى أن يتمكن هذا من إلغائه عن طريق اعتراض الخارج عن الخصومة ، وهو الطريق الوحيد المفتوح أمامه لتحقيق هذا تفرض . أما الغير - والحكم لا يسرى في حقه - يستطيع أن يتجاهل هذا الحكم دون أن يلجأ إلى اعتراض الخارج عن الخصومة ، ويستطيع أن يرفع دعوى مبتدأة دون أن يحتاج عليه بالحكم فهو غير سار في حقه كما قلنا<sup>(٣)</sup>.

وبلاحظ أن الدائن ، عندما يطعن في الحكم الصادر ضد المدين باعتراض الخارج عن الخصومة ، إنما يستعمل حقاً خاصاً به جملة القانون لحمايته ، لا حقاً مستمداً من المدين<sup>(٤)</sup>. وهذا هو أيضاً ما يفعل في الدعوى البرلمانية ، فهو يستعمل حقاً خاصاً به ، لا حقاً مستمداً من المدين ، عندما يطعن في التصرف الصادر من هذا المدين .

( الحالة الثانية ) إذا صدر حكم فيما بين المدين وأحد دالته بأن الدائن حق

(١) وتنص المادة ٤٥٢ من تقنين المرافعات على أنه « يبقى الخارج عن الخصومة الحق في الاعتراض على الحكم ما لم يخط حقه بغض المدة » . وتنص المادة ٤٥٥ على أنه « يتقرب من الاعتراض على الحكم إعادة طرح الخصومة على المحكمة من جديد ، ولا يستطيع من الحكم الصادر فيه غير من رضه ، سأل ينص القانون على خلاف ذلك » .

(٢) ولا يشترط إثبات التواطؤ أو الغش أو الإهمال الجسيم كما جرى .

(٣) انظر في هذه المسألة بيان ماري أوسل (Assouly) في رسالته عن الغير في القانون المدني الفرنسي موبليه سنة ١٩٥٢ ص ٢٢٤ - ص ٢٤١ - « دي باج جز » ص ١٠١٢ - ص ١٠١٤ - الأستاذ عبد السلام زغني في الأدلة ٢ ص ٤١٥ - ص ٤٢٤ - الأستاذ عبد الحليم الشرقي في المرافعات فقرة ٤٢٢ ص ٥٩٩ - الأستاذ أحمد أبو الرقا في المرافعات ص ٦٥١ .

(٤) استتدل بخطط ١٢ يورنيه سنة ١٩٠٧ م ١٤ ص ٣٤٦ - ٢٣ ثوليفر سنة ١٩٠٤ ص ١٧٤ .

امتياز أو حق أولوية من أى نوع كان . فإن هذا الحكم لا يكون حجة على بقية الدائنين . فذلك أن التفاضل ما بين الدائنين أمر يخص هؤلاء الدائنين وحدهم ، ولا ينظم فيه للمدين . فالدائن الذى لا يدخل خصما فى الدعوى لا يكون الحكم بتأخره عن دائن آخر حجة عليه<sup>(١)</sup> . بل إن الحكم بصحة الدين الصادر فى مواجهة المدين لا يمنع فائتا آخر لنفس المدين من أن يظعن فى هذا الدين بالصورة<sup>(٢)</sup> والدائن ، وهو يمسك بصحة الدين أو بحق الأولوية ، إنما يستعمل هنا أيضاً حقاً خاصاً به ، لاحقاً مستمداً من المدين<sup>(٣)</sup> .

(الحالة الثالثة) الدائن المرتين لا يظنه المدين ، بالنسبة إلى العين المرهونة ، إذا كان حق الرهن قد أصبح نافذاً فى حق الغير قبل رفع الدعوى ، فإذا رفعت على المدين دعوى باستحقاق العين المرهونة ، وكسب المدعى دعواه ، فإن الحكم الصادر باستحقاق العين لا يكون حجة على الدائن المرتين الذى قيد رهنه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق ، ما لم يكن هذا الدائن قد أدخل خصما فى هذه الدعوى . ونرى من ذلك أن الدائن المرتين يعامل ، بالنسبة إلى العين المرهونة ، معاملة الخلف الخاص<sup>(٤)</sup> .

- (١) استئناف مخطوط ٨ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٧ .
  - (٢) استئناف مخطوط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٢٠ ص ٤٥ — ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٦ — ١٤ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٧١ . وقارب : نفس ملف ٥ فبراير سنة ١٩٤٢ مجموعة رقم ٣ رقم ١٤١ ص ٤١٢ .
  - (٣) أبريل ورور ١٢ لفترة ٧٦٩ ص ٤٠٩ وحاش رقم ٣٧ .
  - (٤) رطا مايلوب إليه الفقه الفرنسى (مهرافون ١٣ لفترة ٥٠٧ — ماركافيه م ١٣٥١ لفترة ١٢ — أبريل ورور ١٢ لفترة ٧٦٩ ص ٤١١ — بلانول وريير وجابول ٧ لفترة ١٥٥٧ ص ١٠٢٤ — عكس ذلك : لارومبيير م ١٣٥١ لفترة ١١٧) . أما التقييد الفرنسى لمعتبر الدائن المرتين كالدائن العادى من حيث سريان الحكم الصادر ضد المدين فى حقه (نفس فرنسى ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩٣ فالقوز ١٨٩٤ — ١ — ٣٤ — محكمة باريس الاستئنافية ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ فالقوز ١٩٢٤ — ٢ — ١٥٤) .
- وكان القضاء المخطوط فى حصر يلعب ، فى أكثر أحكامه ، إلى أن الدائن المرتين لا يسرى فى حقه ، بالنسبة إلى العين المرهونة ، الحكم الصادر ضد المدين ، شأنه فى ذلك شأن الخلف الخاص : استئناف مخطوط ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٣٠ — ٣ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٢ — ٣٠ يناير سنة ١٩١٩ م ١٢ ص ١٤٣ — ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٢٨٢ — ٤ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٣٥ — ٤ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٩٠ .

٣٦٨ - ولكنه ليس مجز على الغير : أما غير الخلف العام والخلف الخاص والدائن العادي ، فلا يكون الحكم حجة عليه (Res inter alios judicata) . فالغيرية في الحكم لا تختلف في جوهرها عن الغيرية في المقد (١) . ومن الأمثلة على الغير ، الذي لا يسرى في حقه الحكم الصادر ضد المدين ، المالك في الشيوع ، والمدين المتضامن ، والدائن المتضامن ، والكفيل ، والوارث بالنسبة إلى سائر الورثة .

فلو صدر حكم ضد أحد الملاك في الشيوع ، فإنه لا يكون حجة على بقية الملاك في الشيوع الآخرين ما داموا لم يختصموا في الدعوى (٢) .

أما المدينون المتضامنون أو الدائنون المتضامنون ، والكفلاء ولو كانوا متضامين (٣) ، فإن الحكم الصادر لمصلحة أحد منهم يفيد الباقي ، ولكن الحكم الصادر ضد أحد لا يكون حجة على الباقي . وقد طبقت المادة ٢٩٦

= انظر عكس ذلك : استئناف مخطوط ٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣ - ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٤ - ٩ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٩٦ - وعلى كل حال يجوز لدائن المرتين أن يطن باعتراض الخارج من الخصومة في الحكم الصادر ضد المدين ، من طريق التواطؤ أو القس أو الإجماع الجسيم ، حتى يجعل هذا الحكم لا يسرى في حقه . وهذا ما يملكه حتى الدائن العادي ، فأول أن يملكه الدائن المرتين (استئناف مخطوط ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٧٩ - ٤ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٢٨) .

(١) وذلك لا يمنع من أن يواجه الغير بالحكم كدليل من أدلة الإثبات يفقده القاضي ، والغير أن ينفذه بدليل عكسي (أوبري ورد ١٢ فترة ٧٦٩ ص ١٢٠) .

(٢) قارن جان ماري أوصل (Auvall) في رسالته عن الغير في القانون المظ للفرنسي فترة ٢٢٢ ص ٢٢٧ - ٢٣٨ .

(٣) استئناف أهل ١٨ أبريل سنة ١٩٠٥ المعبودة الرسمية ٦ رقم ١/١٠٢ - قارن استئناف مخطوط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٣ .

(٤) وينبغي القضاء وغالبية الثقة في فرنسا إلى أن الكفيل يسرى في حقه الحكم الصادر ضد المدين ، ويجوز للكفيل أن يطن في هذا الحكم باعتراض الخارج من الخصومة (توليه ١٠ فترة ٢١١ - بونيه ٢ فترة ٨٨٦ - لاروميير ١٣٥١ فترة ١٠٠ - وانظر عكس ذلك أوبري ورد ١٢ فترة ٧٦٩ حاشي رقم ٥٠ وما يفتدان بالتفصيل حجج القائلين بمران الحكم في حق الكفيل) . وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن الحكم الذي يمين مبلغ للدين القائم فذمة المدين يكون حجة على الكفيل (استئناف مخطوط ٢٠ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٩٦ - ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٨) .

من التفتين المدعى هذا المبدأ على المدينين المتضامين ، فنصت على ما يأتى :  
١ - إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامين ، فلا يجتج بهما الحكم على  
الباقين . ٢ - أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، فيستفيد منه الباقون ، إلا  
إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه .  
والأصل فى ذلك أن التضامن فيه معنى النيابة فيما ينفع لافئها بضر (١) .  
وكالتضامن عدم قابلية الالتزام للتجزئة .

أما الورثة فلا يمثل بعضهم بعضاً ، ولا يسرى الحكم الصادر فى مواجهة  
أحدهم فى حق الباقي ، إلا إذا ثبت أن الوارث قد كان خصاً فى الدعوى  
باعتباره ممثلاً للتركة . وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة الشرعية التى تقضى  
بأن الوارث ينتصب خصماً عن باقى الورثة فى الدعاوى التى ترفع من التركة  
أو عليها قد تكون صحيحة ممكناً لأخل بها لو أن الوارث الواحد كان قد خاصم  
أو خصم فى الدعوى طالباً الحكم لتركة نفسها بكل حقها أو مطلوباً فى  
مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها ، أما إذا كانت دعوى الوارث  
لم يكن مقصوده الأول منها سوى تبرئة فتمته من نصيبه فى الدين ، ذلك النصيب  
المحدد المطلوب منه فى الدعوى ، فإن الواضح أنه يعمل لنفسه فقط فى حدود  
هذا النصيب المطلوب منه ولمصلحته الشخصية فقط فى تلك الحدود ، لا لمصلحة  
عموم التركة كطالب شرعى عنها وقائم فى الخصومة مقامها ومقام باقى الورثة (٢) .

(١) استئناف غلط أول مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ على ٨٨ . ولكن إذا كان كل المدينين  
المتضامين قد دخلوا فى الدعوى ، لحكم بعضهم ، فلا يبعد هذا الحكم من لم يحكم له منهم  
(فى صوف ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ الحاماة ٩ ص ١٠٠) .

(٢) نقض مدعى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ بمجموعة حمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ - وقضت محكمة  
النقض بأن الوارث الذى لم يظهر فى الخصومة يعتبر ممثلاً لها من طريق نيابة الوارث الآخر ،  
أو بمبادرة أدنى من طريق المورث الذى يطلق الحق منه ، إلا أنه مع ذلك لا يعتبر حكماً عليه  
مباشرة بل يكون من غير الذى له حق الطعن بالتدعى فلا يجوز الحكم عليه حجة ما . فلحكم  
الذى يعتبر حكماً شرعياً على أحد الورثة ، وأنه يجوز قبله حجة الآخر المقضى أسرة  
بأنهم المحكوم عليهم فى نفس الحكم ، يكون غلطاً (نقض مدعى ١٩ مايو سنة ١٩٤٩  
بمجموعة حمر ٥ رقم ٤٢١ ص ٧٧٠) ، وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا رفع أحد الدائنين  
دعواه على مدينين وعلى من تصرف له المدين من أولاده يطلب إسقاط هذا التصرف ، فإن الخصوم  
فى هذه الدعوى يعتبرون مختلفين عن الخصوم فى دعوى المنازعة فى صحة التصرف التى تقوم فيما بينه  
بين بعض ورثة المدين وبين من صدر إليهم التصرف . فلذا كان قد حكم فى الدعوى الأولى -

وقد قلنا أن الغير لا يجبر على الطعن في الحكم الصادر ضد المدعى باعتراف الخرج من الخصومة ، لأن هذا الحكم ليس حجة عليه ولا يسرى في حقه ، فهو في غير حاجة إلى مهاجمته . ولكنه مع ذلك يستطيع أن يستنبط الحوادث وأن يهاجم هذا الحكم ، فيطعن فيه باعتراف الخرج من الخصومة ، ويؤكد عن طريق القضاة أنه من الغير بالنسبة إليه فلا يجوز أن يسرى في حقه . ولا يشترط لنجاح هذا الطعن إثبات التواطؤ أو الفس أو الإهمال الجسيم كما يشترط ذلك في نجاح طعن الدائن . وقد قضت المحكمة الثانية من المادة ٤٥٠ من قانون المرافعات بذلك إذ نصت على ما يأتي : « وكذلك يجوز للدائنين والمدعىين المتضامنين والدائنين والمدعىين بالتزام غير قابل للتجزئة الاعتراض على الحكم الصادر على دائن أو مدعى آخر منهم <sup>(١)</sup> » .

ونلاحظ أن هناك أحكاماً لا تثبت لها الحجية حتى بالنسبة إلى أشخاص دخلوا في الدعوى ، وهناك على العكس من ذلك أحكام تثبت لها الحجية حتى

— يطلان الصرف ، ثم حكم في الدعوى الثانية بسببته ونفاد ، فلا يهد الحكم الثاني خلا بحجية الحكم الأول ، ولذلك يكون القضاء بإصدار الحكم الثاني بقوله مخالفته لحجية الأمر المقتضى في تطبيق القانون (نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧١ ص ١٥٨) . أما المادة تحت شرط فاسع فيمثل من يكون مالكا إذا تحقق الشرط ، وذلك في الأحكام التي تصدر لصالحه لا في الأحكام التي تصدر ضده (لوري درو ١٢ فترة ٢٦٩ عاشم رقم ٥٥ وص ٤٢٢) .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه في المثلين على المشوية يكون الحكم الصادر بتحقيق مسؤولية المدين له سارياً في حق شركة التأمين (نقض فرنسي ١١ مايو سنة ١٩٤٧ دالوز ١٩٤٧ — ٢٦٥ — سيرة ١٩٤٧ — ١ — ١٣١) .

وقضت محكمة النقض في مصر بأن حكم مرسى الزراد لا يسرى إلا في حق من كان يمثل فيه ، وبأن القانون يحسب وضع اليد من كل تعرض له ، يسرى في ذلك أن يكون التبرع اعتداء محضاً من المترض أو بناء على حكم مرسى زراد لم يكن واضح اليد محضاً فيه ، إذ الأحكام لا حجية لها إلا على الخصوم ، ولا يضار بها من لم يكن طرفاً فيها ، لا فرق في ذلك بين حكم مرسى الزراد وغيره من الأحكام (نقض مدني ١٧-١٢ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦ ص ٥٩ مع تعليق الأستاذ محمد حامد فهمي بمائش ص ٦٥) .

والنظر في هذا الموضوع الأستاذ عبد السلام زعني في الأدلة ٢ ص ٤٣٢ — ص ٤٥٨ .  
(١) ويبدو أن قصر الاعتراض على حائلي التضامن وعدم القابلية للتجزئة إما أن يكون راجعاً إلى أن تصورين اثنين المرافعات الجهاد في هذا الموضوع لم تتسق مع تصورين اثنين للدف الجديده ، وهذه تفهم بأن المدعى المتضامن لا يسرى في حقه الحكم الصادر على مدعى متضامن معه ، فلم يكن للمدين التضامن ومن ألحق به في حجة كالدائن ، إلى حق الاعتراض لجبر من الغير ، وإما —

بالنسبة إلى أشخاص لم يدخلوا . مثل الحالة الأولى أن يكون الشخص الذي دخل في الدعوى ليس غصباً حقيقياً فيها <sup>(١)</sup> . ومثل الحالة الثانية أن يكون الحكم

— أن يكون راجعاً إلى أن الغير في حالتين المختلفتين أقرب إلى الغلبة في أن يصرى الحكم في حقه ، ففتح له باب الاعتراض حتى يبدأ من نفسه بطريق جديد نظمه القانون ما حي أن يصرى من آثار حكم لا يصرى في حقه . وفي من المبدأ أن باب اعتراض الخارج من الخصومة لا يقفل أمام الغير الأبواب الأخرى التي يفتحها له القانون لدفع الاحتجاج عليه بحكم لا يصرى في حقه . وقد صرحت بذلك للملكة الإيضاحية لمشروع تقنين المرافعات إذ تقول : « لم ير للمشروع حاجة إلى النص على أن من يكون له طريق الاعتراض ولا يشكك لا يحرم بذلك من حقه في الالتجاء إلى الوسائل الأخرى التي يسمح له القانون بها لدفع الاحتجاج عليه بالحكم ، لم ير للمشروع حاجة إلى هذا النص لأنه لا يبعد أن يكون تقريراً للقاعدة مفردة يكاد ينفذ الإجماع عليها » . (كارن-الاستاذ عبد المنعم الشرقاوي في المرافعات فقرة ٤٣٣ ص ٦٠١ - وانظر الأستاذ أحمد أبو القولا في المرافعات فقرة ٥٢٩ ص ٦٥٣) . هذا واعتراض الخارج من الخصومة ، كما كان في تقنين المرافعات المخطئ وكأمر في لائحة المحاكم الشرعية وفي تقنين المرافعات الفرنسي ، أوسع نطاقاً من اعتراض الخارج من الخصومة في تقنين المرافعات الجديد ، إذ هو لا يقتصر على طائفة محدودة من الغير .

(١) وقد قضت محكمة مصر الأهلية بأنه إذا حصل نزاع بين بعض الملاك في القشوع بالنسبة إلى ملكية بعض المحصن ، ورض أحد المتنازعين أمر هذا النزاع إلى القضاء ، وأعلن بمصواه من يتنازع من ملكية محصن ومن لا يتنازع من الملك على القشوع ، كان ذلك الحكم حجة بينه وبين من يتنازع فقط دون الباقين ، بحيث إذا نشأ نزاع جديد من ملكية تلك الحصة بين واقع القضية الأولى وبين الثائبين الذين كانوا سلموا له بملكيتها لحقه في تلك القضية ، فليس هؤلاء أن يحضروا عليه بالحكم السابق (١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ الهامة ٧ ص ٣٥٦) — وقضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الحكم بحجية الأمر المقضي إلا بالنسبة إلى الخصوم الحقيقيين في الدعوى الذين كان النزاع قائماً بينهم ووصلت إليه المحكمة لمصلحة أحدهم . ومن ثم لا يصح اعتبار الحكم حائزاً لحجية الأمر المقضي بالنسبة إلى خصم أدخل في الدعوى ولم توجه إليه طلبات . ولا يقال إنه كان في إمكانه أن يبدى في الدعوى ما يشاء ، فإن كان قد أحصل فهو المعلوم — هذا القول لا وزن له قانوناً ، فإن كل شخص حر في اختيار الوقت والظروف التي يقاضى فيها خصمه ، وليس لأحد أن يجبره على أن يفعل ذلك في وقت أو ظرف معين أو أن يسأله على أساس أنه لم يفعل (نقض مدني ٣٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة ص ٥ رقم ٢٢٢ ص ٥٩٣) .

وقضت محكمة النقض من جهة أخرى بأنه إذا كان يبين من الحكم الصادر للقاضي في دعوى صحة التمسك أنه أقام تلك الدعوى على البائع له وباقى إخوته من الورثة الذين كانت الأطنان المبيعة له مكلفة باسم مورثهم ، واستند في دعواه إلى عقد البيع الصادر له وإلى أن البائع له انحصر بالأطنان المبيعة بموجب قسمة حصلت بينه وبين إخوته ، فلم يتنازع سوى واحد من هؤلاء الإخوة ، ولم يكن ثمة ما يمنع أيًا منهم من منازعته لو كان له وجه ، فلا جملتهم عن منازعته لا ينفي أهم كانوا غصباً حقيقين (نقض مدني ٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض) رقم ٦٤ ص ٤٤٩) .



منشأ حالة مدنية (état civil) ، كالحكم الصادر بتوقيع الحجر فإنه يكون حجة على الناس كافة ، من دخل الدعوى ومن لم يدخل ، وسيأتي تفصيل ذلك .

## المطلب الثاني

### اتحاد المحل

٣٦٩ - العبرة بما طلبه الخصم لا بما لم يطلبه أو بما احتفظ به : ولا يكون للحكم حجية الأمر المقضى إلا بالنسبة إلى المحل ذاته الذى سبق طلبه فى الدعوى التى صدر فيها الحكم . فإذا رفعت دعوى جديدة بهذا المحل ذاته ، أمكن دفعها بحجة الأمر المقضى . ويترتب على ذلك أن الحكم بتعويض عن ضرر يمنع من تجديد المطالبة بالتعويض عن نفس الضرر ، ولكنه لا يمنع من الحكم بتعويض آخر عن ضرر استجد من نفس العمل الضار<sup>(١)</sup> . وإذا صدر حكم يقضى بصحة عقد إيجار ، فلا يجوز بعد ذلك للمؤجر أو المستأجر أن يرفع الدعوى من جديد يناقش فى حجة هذا العقد . أما إذا صدر حكم للمؤجر باستحقاق الأجرة عن مدة معينة ، فإن هذا الحكم لا يجوز حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى استحقاق الأجرة عن مدة أخرى ، إذ محل الدعوى هنا يختلف عن المحل فى الدعوى الأولى<sup>(٢)</sup> . وإذا قضى فى حساب الدين عن مدة مضت ، فلا يجوز الرجوع إلى حساب الدين مرة أخرى وإعادة تقدير ريع الأرض المرهونة والموازنة بين هذا الريع والفائدة عن المدة التى قضى فى حسابها<sup>(٣)</sup> .

(١) استئناف غنطل ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠٠ ص ٦٣ .

(٢) محكمة البان ١٠ يونيو سنة ١٩٢٦ الهامة ٧ ص ٤٦ — ولكن لا يجوز أن يدفع استحقاق الأجرة من المدة الأخرى بنفس الدفع لقضى رفض فى استحقاق الأجرة من المدة الأولى ، كأن يدفع مثلاً فى الدعوىين بعدم صحة عقد الإيجار . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يمنع من وحدة الموضوع فى الدعوىين الصادر فيما الحكمان اللذان جادا على خلاف اختلاف المدة المطالب بردها ، ما دام الموضوع فى الدعوىين هو مقابل الانتفاع ويد المتضمن مستمرة على الأرض ، ولا يمنع من وحدة الموضوع إدخال ضمان فى الدعوى الثانية لم يكونوا خصوما فى الدعوى الأولى (نقض دفع ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة محر ٤ رقم ١٩٩ ص ٥٠٣) .

(٣) استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٥ الهامة ٥ ص ٧٤٦ .

ووحدة الحل تبقى قائمة ، أيا كانت التغيرات التي تصيب هذا الحل بعد ذلك من نقص أو زيادة أو تعديل<sup>(١)</sup> .

والقاعدة في معرفة ما إذا كان محل الدعوى متحداً أن يتحقق القاضى من أن قضاءه في الدعوى الجديدة لا يملو أن يكون مجرد تكرار للحكم السابق فلا تكون هناك فائدة منه ، أو أن يكون مناقضاً للحكم السابق سواء باقرار حق أنكره أو بانكار حق أقره فيكون هناك حكمان متناقضان<sup>(٢)</sup> .

والعبرة بطلبات الخصوم التي فصل فيها الحكم . فإذا لم يطلب الخصم الحكم

---

(١) .أوبرى وردو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٦ . وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه لا يلزم بأن يحفظ الشيء بلفظه على وجه مطلق ( ٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٥ ) . ولا تعبر العين الموقوفة قد تغيرت بإجراء الاستبدال فيها (استئناف مخطط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٧) .

(٢) استئناف مخطط ١٤ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٨٤ — ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥ — محالو ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ ص ٢٧٩ — وتطبيقاً لهذا المبدأ قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يكون الحكم الصادر بعدم قبول دعوى تثبيت الملكية المبنية على حجة غير سجل لرضاها قبل الأوان تأثير في دعوى المطالبة بالريع ، سواء أكانت هذه الدعوى الأخيرة مرفوعة تبعا لدعوى الملكية أم مستقلة عنها . وحينئذ الحكم المشتري بالريع متى كان البالغ غير متنازع في صحة حقه البيع نزاعاً جدياً (٤ فبراير سنة ١٩٣٣ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ٦ ص ١٤٠) — وقضت أيضاً بأنه إذا كان حكم القاضى بالدين لم يتناول إلا البحث في وجود الدين ، ولم يتعرض للبحث في سداده أو عدم سداده ، فالحكم الصادر بالدين لا يمكن أن يكسب حجة الأمر المقضى بالنسبة إلى سداد الدين لأنه لم يفصل فيه (٣٠ أبريل سنة ١٩٣٣ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ١٠ ص ١٩) — وقضت محكمة أسبوت الكلية بأن الحكم الصادر في دعوى الريع ليس حجة في الملكية (٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٦٠ ص ٥٤٨) — وقضت محكمة سواح للكلية بأنه إذا كان الموضوع في الدعوى الأول جزءاً مفزواً في طفا ، وكان في الثانية نصيباً شاملاً فيه ، فلا يمكن القول بوحدة الموضوع (٣١ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٥٠٤ ص ١١٩٦) . والحكم برفض تثبيت الملكية شاملة لعدم قيام الشيء لا يمنع من المطالبة به ذلك بتثبيت الملكية مفردة (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة محر ٢ رقم ١٨ ص ٤٥) . وقضت محكمة النقض بأنه إذا قام النزاع على كون قطعة أرض داخلة مادياً وواقعياً ضمن حدود أرض كان متنازعا عليها ومقتضى فيها بين الطرفين في دعوى سابقة أو غير داخلة ضمنها ، فقضت محكمة الاستئناف بعدم دعواها بحصولها فيها من عناصر الواقع ، فإن حكمها هذا لا أساس فيه بحجية الحكم الصادر في الدعوى السابقة (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة محر ١ رقم ٢٤٥ ص ٦٧٣ — ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام نقض ٣ رقم ١٠ ص ٥٤) .

على اللذين وكفيله التضامن بالتضامن ، فإن الحكم الصادر باعتبار الكفيل غير متضامن لا يمنع من العودة إلى المطالبة بالتضامن ، فإن هذا طلب جديد لم يكن موضوعاً لخصومة الأولى <sup>(١)</sup> .

كذلك إذا حفظ المدعي لنفسه الحق في بعض الطلبات ، فالحكم فيها قدمه من الطلبات لا يمنعه من رفع دعوى جديدة للمطالبة بما احتفظ به من قبل . وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا طلب المدعي الحكم برد العين المضمومة ، وحفظ لنفسه الحق في طلب الربيع بدعوى على حدثها ، وحكمت المحكمة له بالعين ولم تذكر شيئاً من الربيع ، وختمت الحكم بقولها « ورفضت باقي الطلبات » ، فلا يعتبر هذا الرضا سارياً على طلب « حفظ الحق » وماذا من طلب الربيع في المستقبل ، لأن هذا الحق محفوظ للمدعي دون أن تحكم له المحكمة بحفظه ، وتكون عبارة « رفضت باقي الطلبات » عبارة زائدة مكتوبة حسب العادة الجارية ولا تأثير لها <sup>(٢)</sup> . وإذا حفظ الحكم الصادر في دعوى التملك لأجد الخصوم الحق في رفع دعوى الربيع أو بالتعويض ، فذلك لا يعتبر فصلاً في المسؤولية عن الربيع أو التعويض <sup>(٣)</sup> .

(١) محكمة الاستئناف الأهلية ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ المبرومة قرسية ١٧ ص ٥٨ — والحكم بإلزام الكفيل بهذه الصفة أن يدفع اللذين لا يمنعه من التملك وقت التنفيذ بحق التجهيز وبحق التضمين (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ١٣٥) — والحكم بصحة التوقيع لا يمنع من رفع دعوى بصورية العقد (نقض مدني ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة صر ٥ رقم ٣٠٥ ص ٦١٠) — والحكم برفض تدخل الدائن لا يمنعه من رفع الدعوى بصحة دينه (استئناف مخطوط ٧ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥٠ ص ٣٦٩) — والحكم برفض دعوى الإبطال لا يمنع من رفع دعوى الفسخ (استئناف مخطوط ١١ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٢٣) . والحكم برفض إلغاء قرار إداري لا يمنع من المطالبة بالتعويض أو تسوية الحالة (محكمة التفتيش الإدارية ٢٣ يونيو سنة ١٩٤٩ الحامدة ٣٢ رقم ٤٩ ص ٦٤) .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المبرة في حجية الأمر المقضي ليست بطلبات الخصوم في ذاتها ، ولكن بما فصلت فيه المحكمة من هذه الطلبات . فإذا كانت المحكمة فصلت فقط في طلب تأجيل طع الإيجار ولم تعرض الحكم لا في منطوقه ولا في أسبابه إلى طلب التفتيش المنع على قانون تفتيش إيجارات الأراضي الزراعية ، وإلى نص صريحاً أنه في حالة التنفيذ يحكم له أو حقه رضى لا يجوز التنفيذ بأكثر من المبلغ المصرح به في القانون ، فإن الحكم لا يجوز حجية الأمر للقضي (١٢ يناير سنة ١٩٣٧ الحامدة ١٧ رقم ٣١٣ ص ٦٤٨) .

(٢) محكمة الاستئناف الأهلية ٣ يونيو سنة ١٨٩٣ الحقوق ١٢ ص ٢٦٥ .

(٣) نقض مدني ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة صر ١ رقم ٦٩ ص ١٣٩ .

٣٧٠ - الحكم في شيء حكم فيما ينفرع عنه : والحكم في شيء يصبر حكماً فيه وفيما ينفرع عنه . فلا يجوز رفع الدعوى من جديد للمطالبة بما ينفرع عن شيء حكم برفضه .

ويترتب على ذلك أنه إذا صدر حكم برفض الإدعاء بملكية عين أو برفض الإدعاء بالدين ، فلا يجوز بعد ذلك رفع الدعوى من جديد للمطالبة بربع العين أو بفوائد الدين . وإذا صدر حكم بإعلان سند الدين ، فلا يجوز المطالبة بعد ذلك بقسط جديد غير القسط الذى صدر فيه الحكم السابق . وقد قضت محكمة النقض بأن المسألة الواحدة بعينها إذا كانت كلية شاملة ، وكان ثبوتها أو عدم ثبوتها هو الذى ترتب عليه القضاء بثبوت الحق الجزئى المطلوب فى الدعوى أو بانتفاءه ، فإن هذا القضاء يجوز حجية الأمر المقضى فى تلك المسألة الكلية الشاملة بين الخصوم أنفسهم ، ويمنع الخصوم أنفسهم من التنازع بطريق الدعوى أو بطريق الدفع فى شأن حتى جزئى آخر متوقف ثبوته أو انتفائه على ثبوت تلك المسألة الكلية السابق الفصل فيها بين الخصوم أنفسهم أو على انتفاءها<sup>(١)</sup> .

٣٧١ - الحكم فى الكل والحكم فى الجزء : كذلك إذا كان الكل متكوناً من أجزاء تعتبر ، بطبيعتها أو بطريق العادة ، غير متجزئة ، فالحكم فى الكل حكم فى الجزء ، والحكم فى الجزء حكم فى الكل .

فالذا حكم برفض دعوى الملك فى أرض زراعية بما يقبها من أبنية وآلات ومواسير ونحو ذلك ، فلا يجوز المطالبة بعد ذلك بملكية شيء من هذه الأشياء التابعة . والحكم بالدين حكم بكل قسط من أقساطه<sup>(٢)</sup> والحكم بصحة بيع

(١) نقض مدغ ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ١٧٤ — محكمة الاستئناف الأهلية ٢ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٩٢ — محكمة استئناف مصر ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ الحاماة ٣ رقم ٢٠٧ ص ٢٧٥ — أوبرى، نوزر ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٥ - ٤٣٦ .

(٢) أوبرى دورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٤٣٦ - ٤٣٨ — وقد قضت محكمة الاستئناف المحظلة بأن الحكم بصحة لادين فى قسطن من حجة بصحة فى القسط الثالث (استئناف غنطط ١٥ فبراير سنة ١٨٩١ م ٦ ص ١٣٨) .

متجر حجة في بيع كل عنصر من عناصره<sup>(١)</sup> .

والحكم في جزء من التركة حجة في جميع أجزائها<sup>(٢)</sup> . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان المحكوم به جزءاً من كل ، وكان النزاع في ملك هذا الجزء مبنياً على اعتبار أنه بعض من هذا الكل وعلى اعتبار أن هذا الكل مملوك للمدعى ، وكان الفصل في ملكية هذا الجزء يقتضى البحث في هذا الكل ، وفصلت المحكمة في منطق حكمها في هذا الجزء فقط باعتبار أنه جزء من كل متنازع عليه بحث فيه في أسباب حكمها ، فإن الحكم يتصل بالكل ويكسب بالنسبة إليه حجة الأمر المقضى ، بشرط أن يكون الخصوم قد تنازحوا في ذلك تنازحاً جدياً وتبادلوا بحثه بحثاً دقيقاً حقيقياً مقصوداً من جميع نواحيه حتى يكون الحكم الصادر حجة عليهم فيها جعلوا تبادل بحثهم تائراً عليه . فالحكم الصادر في النزاع في ملكية جزء من منزل ، إذا تناول بحث النزاع الخاص بملكية المنزل جميعه بالشرط المتقدم ، يجوز حجة الأمر المضى بالنسبة إلى ملكية المنزل جميعه<sup>(٣)</sup> .

ومع ذلك فإن الحكم في الكل لا يتضمن حتماً الحكم في الجزء . فإذا صدر حكم برفض ادعاء الملكية في أرض ، لم يمنع ذلك من ادعاء الملكية في جزء

(١) استئناف مختلط ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٦ — استئناف مصر ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٦ الحاماة ١٧ رقم ٩٥ ص ٢١٠ .

(٢) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٧٧ .

(٣) استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٣ الحاماة ١٤ رقم ٢/٢٢٠ ص ٩١٣ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد صدر بتأجيل الفصل في التصويف الذى يطلبه البائع من المشتري وبأحقية المشتري في استلام القمح المودع بخازن البنك على ذمة من البائع ، على أساس أن عقد البيع قائم ونافذ بين الطرفين ، وأن المشتري عرض الزن على البنك مقابل تسليمه القمح لرفض بناء على تعليمات البائع ، ثم صار هذا الحكم نهائياً بعدم استئنافه ، فإنه يجب على المحكمة وهي تفصل في طلب التصويف ، أن تعتبر ذلك الحكم محمداً نهائياً للعلاقات القانونية بين الطرفين ، لا فيما يتعلق بمقدار البيع ذاته فقط ، بل أيضاً في كل ما كان مؤسداً على هذا العقد . ولذا هي غالفت مقضاه ، قائلة أن المشتري تأخر عن دفع ثمن القمح وعن تسليم القمح ، وأن العقد يصير بذلك مفسوخاً من نفسه ، فلذا تكون قد خالفت القانون بعدم مراعاتها الأساس الذى بنى عليه الحكم الأول باعتباره قد فصل في مسألة كلية لم تكن دعوى التصويف إلا جزءاً متفرعاً عنها ، مما كان يستوجب منها أن تنصده به في قضائها بين الخصوم أنفسهم في دعوى التصويف التى فصلت فيها بعد صدوره (نقض مقرر ٢٥ يونيو سنة ١٩٤٢ مجموعة مر ٣ رقم ١٧٩ ص ٤٨٦) .

شائع في الأرض<sup>(١)</sup> ، ما لم يكن الحكم السابق قد ثبت في أن المدعى لا يملك الأرض ولا أى جزء منها<sup>(٢)</sup> . والحكم برفض ادعاء الملكية لا يمنع من ادعاء حق ارتفاق أو حق انتفاع<sup>(٣)</sup> .

كذلك الحكم في الجزء لا يتضمن حتما الحكم في الكل . فالحكم برفض ادعاء حق ارتفاق أو حق انتفاع لا يمنع من ادعاء الملكية كاملة . والحكم برفض القوائد لا يمنع من المطالبة برأس المال<sup>(٤)</sup> .

٣٧٢ - الحكم في صفة عارضة : وإذا قضى الحكم في طلب ، وكان قضاؤه هذا يستلزم الفصل في صفة عارضة (qualité simplement accidentelle) للخصم ، فلا يكون الحكم حجة في دعوى أخرى تثار فيها هذه الصفة من جديد . مثل ذلك أن تقضى المحكمة التجارية باختصاصها بنظر نزاع بين شخصين ، على أساس أن المدعى عليه تاجر . فصفة التاجر التي خلقتها الحكم على المدعى عليه - وهي صفة عارضة - لا تحوز حجية الأمر المقضى في دعوى أخرى يطلب فيها نفس المدعى شهر افلاس نفس المدعى عليه . وللمحكمة في الدعوى الثانية أن ترفض شهر الإفلاس ، على أساس أن المدعى عليه ليس بتاجر<sup>(٥)</sup> .

(١) استئناف غنط ٣٠ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٧٢ - أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٢ .

(٢) الموجز لمؤلف فقرة ٧١٢ ص ٧٤١ .

(٣) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٢ - ص ٤٣٥ .

(٤) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٢ - ص ٤٣٥ - وإذا أغفل المدعى طلبا نعم فيه المحكمة من تلفاد نفسها ، كطلب الحكم بمصرقات للدعوى على الخصم ، ولم تقبس به المحكمة في حكمها ، فإن هذا الحكم يمنع من المطالبة به في دعوى جديدة ( أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هامش رقم ١٢١ ) .

(٥) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٣٩ - بودوى وبارد ٤ فقرة ٢١٧٨ - بلانويول وديليز وجابوله ٧ فقرة ١٥٥٩ ص ١٠٢٩ - ص ١٠٣٠ - ويذهب الفقه الفرنسي أيضا إلى أنه إذا قضى الحكم - في دعوى الماثن على الوارث - بصفة عارضة للوارث ، كان لرد له صفة الورثة المطلقة (héritier pur et simple) لا صفة الورثة بشرط التجريد (sous bénéfice d'inventaire) ، فإن هذا الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى ، بالنسبة إلى هذه الصفة ، في دعوى أخرى يرفضها دائن آخر على نفس الوارث (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٢٣ - ٤٢٤) .

٣٧٣ — الحكم في الحالة المدنية : والحكم الذى يقر لأحد الخصوم حالة مدنية (état civil) يخضع هو أيضاً لحجة الأمر القضى وما تصطبغ به هذه الحجة من النسبية (caractère relatif) . فلا يكون لهذا الحكم حجة إلا فيما بين الخصوم ، ولا تتعدى حجته إلى الغير .

وقد كان القضاء الفرنسى إلى عهد قريب يذهب إلى أن هذا الحكم تكون له حجة مطلقة (erga omnes) ، فيسرى في حق الناس كافة ، خصوصاً كانوا أو غير خصوص . فاذا خلع الحكم على شخص صفة الأب أو الإبن أو الزوج أو المجهور أو الوصى أو غير ذلك من الصفات التى تتعلق بالحالة المدنية ، كان الحكم حجة على جميع الناس في هذه الصفة . ذلك بأن الحالة المدنية لا تقبل التجزئة (indivisible) ولا يجوز أن تبقى قلقة مضطربة يحتاج بها على بعض دون بعض (١) . ولكن القضاء الفرنسى عدل أخيراً عن هذا الرأى في حكم له مشهور (٢) ، وقرر أن الحكم في الحالة المدنية حجته هو أيضاً نسبية فيما بين الخصوم ، ولا تتعدى هذه الحجة إلى الغير (٣) .

على أن هناك نوعاً من الأحكام تأبى طبيعته إلا أن تكون له حجة مطلقة . وهذه هى الأحكام التى تنشئ الحالة المدنية (jugements constitutifs d'état) ولا تقتصر على الكشف عنها . فالحكم بالطلاق ، والحكم بإبطال الزواج ، والحكم بالخنجر ، والحكم بتعيين وصى أو قيم ، كل هذه أحكام تنشئ حالة مدنية جديدة ، وهى بطبيعتها تسرى في حق الناس كافة ، ولذلك يهيء لها القانون عادة أوضاعاً معينة تكفل لها الملائمة (٤) .

(١) وكان الفقه الفرنسى يجارى القضاء في ملحقه ، ويحتد في ذلك على نظرية لفتيه قديم (D'Argentre) تنطص في أن الخصم يعتبر مثلاً في الدعوى لجميع الناس (contradictoire) (legitime) : توليه ١٠ فترة ٢١٦ وما بعدها — برنيه ٢٢٩٩ .

(٢) نقض فرنسى ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٥-١٩٢١ مع تعليق سافاتييه — سيريه ١٩٢٧-١٩٢٧ مع تعليق أوديني .

(٣) وجارى الفقه الفرنسى المعاصر القضاء الفرنسى في ملحقه الجديد : بلانول وروبير وبولانجيه ١ فترة ٤٦٤ — كولان وكايتان ومورانديو ١ فترة ٥٦٧ — ديميرسكو ص ٤٥٦ وما بعدها .

(٤) كذلك تستثنى حالة ما إذا كان القانون لا يسمح إلا لشخص معين في إثارة النزاع ، كما في دعوى إنكار البتة (dénuement) فهو لا يسمح بها إلا الزوج ، فيكون الحكم من ناحية الزوج =

وقد ذهب القضاء في مصر أيضاً إلى أن الأحكام التي تنشأ الحالة المدنية تكون حجة على الناس كافة (١)

### المطلب الثالث

#### اتحاد السبب

٣٧٤ - تحرير معنى السبب : ويجب أخيراً ، حتى يكون للحكم

حجة على الجميع (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٥٠ ص ٤٥٣ - ٤٥٤) . والأحكام الصادرة في المنازعات المتعلقة بالاسم (en matière de nom) هي أيضاً بطبيعتها حجة على الجميع ( جان ماري أولس : الغير في القانون المدني الفرنسي فقرة ٢٣٣ ص ٢٤٥ - ٢٤٦ ) — انظر في هذه المسألة : أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٢٤ - ص ٤٢٨ وهامش رقم ١١٣ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٨ ص ١٠٢٧ - ١٠٢٨ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٤٨ - ١٣٥٠ فقرة ١٣٥٠ — جان ماري أولس فقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٤٣ — دي باج ٣ ص ١٠٠٨ - ١٠١٢ .

(١) استئناف مخطط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٨ — ٤١ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٢٨ — وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة أيضاً بأن الحكم بيمين وحس يكون حجة على الناس كافة (استئناف مخطط ٢٥ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٦٨) ، وكذلك الإعلام القضائي بالورثة (استئناف مخطط ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٥) . وإذا كانت الحالة المدنية من شأنها أن تتغير ، فإن الحكم القاضي بها تزول حيث متى زالت أسبابه . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى برفع الحجر عن المطعون عليه الأول ، قد قرر أنه ليس بأوراق القضية ما يثبت من وجود غفلة أو شبهة تمكن نسبتهما المحجور عليه ، وإن وجدت أسبابها وقت توقيع الحجر فقد زالت هذه الأسباب ، فإنه ليس في هذا الذي قررته الحكم ما يخالف حجية الأمر المقضي بالحكم النهائي الصادر بتوقيع الحجر ، لاختلاف السبب والموضوع في التعديين ، ولأن الحالات التي تستوجب الحجر هي بطبيعتها قابلة لتغيير والتزوال ، وإلا لما أجاز الشارع طلب رفع الحجر (نقض ملق ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض رقم ٤١ ص ٢٩٠ — انظر المجلس المحسبي المال ٤ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة رقم ٢١٠ ص ٢٧٨) — أما الحكم في الجنسية كساعة عارضة فلا يجوز حجية الأمر المقضي : استئناف مخطط ٤ يولييه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٥ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٦٥ — ٢١ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٦٢ — ٢٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٥٩ — ١١ يولييه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٣ — ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٣٥ ص ٢٣٨ — ٢٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٨٠ — قنون : ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٠ — ٨ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١١ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٦ .



حجية الأمر المقضي ، أن يحدد السبب . والسبب هو المصدر القانوني للحق المعطى به أو المنفعة القانونية المدعاة . وهو لا يعلو أن يكون الواقعة المراد إثباتها ، واقعة مادية ، أو تصرفاً قانونياً ، وقد سبق بيان ذلك .

فالمستأجر حين يطالب المؤجر بتسليم العين المؤجرة يكون السبب في دعواه هو عقد الإيجار . فإذا رفضت دعواه على هذا الأساس ، لم يجوز له أن يعود إلى رفعها من جديد مستنداً إلى عقد الإيجار مرة أخرى ، أى إلى نفس السبب الذي استند إليه في الدعوى السابقة ، وإلا دفعت دعواه بحجية الأمر المقضي . أما إذا رفع دعوى جديدة بتسليم العين ، ولكن استند في طلبه إلى سبب جديد ، كسقف بيع مثلاً ، فإن الدعوى الجديدة لا يجوز دفعها بحجية الأمر المقضي لاختلاف السبب ، فقد كان في الدعوى الأولى إيجاراً وهو في الدعوى الثانية بيع . كذلك إذا طالب شخص بتسليم عين بسبب الميراث ورفضت دعواه ، فإن هذا لا يمنعه من العودة إلى المطالبة بها بسبب الوصية . وإذا رفضت الدعوى بملكية عين بسبب الشراء ، فلا مانع من المطالبة بها ثانية بسبب التقادم المكسب . بل لا يوجد ما يمنع من المطالبة بملكية العين ذاتها بسبب عقد بيع آخر غير عقد البيع الذي رفضت الدعوى الأولى على أساسه ، فإن المماثلة بين السببين لا تمنع من إزدواجهما ، وحجية الأمر المقضي تقتضي أن يكون السبب التالي هو عين السبب الأول فلا يكفي أن يكون مماثلاً له<sup>(١)</sup> .

(١) ومن قضاء محكمة النقض في وجوب اتحاد السبب لفهم حجية الأمر المقضي : قضت بأنه إذا أبطلت محكمة الاستئناف تنازلاً عن مبلغ ما سادراً من والد إلى ولده بكتابة منه في ٣١ يولييه سنة ١٩٢٣ باعتبار هذا التنازل حاصلًا في مرض موت الوالد ، مع أنها بحكم سابق في دعوى أخرى كانت مدونة بين الطرفين قررت أن مرض موت هذا الوالد إنما بدأ في ١٠ أغسطس سنة ١٩٢٣ بما قد يظن أنه أن ذلك التنازل قد حصل من المورث في وقت صحته ، ثم تبين أن هذا الإعراف قد مرض على المحكمة ففتاوتها في حكمها ، وبينت ما حاصله أن موضوع الدعوى الأولى كان خاصاً بصرفات وقست من المورث في أكتوبر ونوفمبر سنة ١٩٢٣ طعن المورثة بطلانها لخصوعها في مرض موته ، فلم يكن يهم المحكمة إذ ذاك سوى معرفة ما إذا كان الشهران المذكوران هما من فترة المرض أم لا ، ولم يكن يمينها أن تقر مبدأ مرض المورث لأنها لم تكن محتاجة إلى تقريره ، ثم استجبت من الظروف والمستندات التي أُشير إليها في الحكم الأول أن مرض موت الوالد قد أبداً فعلاً قبل أول أغسطس سنة ١٩٢٣ ، وأن ورقة ٣١ يولييه قد حررها المورث فعلاً في هذا المرض ، فعلاً على قروته محكمة الموضوع فتحصل قرائع ما يخص به هو وحدها بلا مراعاة محكمة النقض (نقض مدني ٦ يولييه سنة ١٩٣٥ مجموعة محرر ٢٧٨ =

وإذا كان تعدد السبب يمنع من التمسك بحجية الأمر المقضي ، فإن باب أولى يكون تعدد كل من السبب والمحل مانعاً من التمسك بهذه الحجية . ويرتّب على ذلك أن الحكم الصادر في دعوى من دعوى وضع اليد (actions possessoires) لا يكون حجة في دعوى الملكية (action pétitoire) ، ففي الدعوى الأولى المحل

ص ٨٤٠) — ونقست أيضاً بأنه إذا رفعت دعوى من الدائن بإبطال البيع الصادر من مدعته ، نقضى بطلان البيع ، ثم صدر به ذلك إقرار من البائع بأن هذا البيع لم يكن سورياً وأن منه كان ديناً في ذمة المشتري وتمهيد يدفع دين الدائن الذي قضى له بإبطال التصرف حتى يزول أثر هذا الحكم ، ثم رفعت دعوى من بعض أولاد البائع بطلان ذلك الإقرار ، نقضى بطلانه لصوره إجازة لمقدّم سبق الحكم بطلانه بطلاناً مطلقاً لا تلتحقه الإجازة ، ثم رفع المشتري دعوى بطالبة وردة البائع بالدين الذي يدهيه في ذمة مورثهم ، فحجب هذه الدعوى ، وهو قيام الدين الذي يدهيه المشتري في ذمة البائع ، يكون منافيّاً للسبب في الدعويين السابقتين ، وهو انقضاء البيع في الدعوى الأولى وإجازته في الثانية ، وفي هذه الحالة يجب رفض الدفع بعدم جواز سماع الدعوى المذكورة بمقولة سبق الفصل فيها ( نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة محرر ٥ رقم ١٩ ص ٣٧) — ونقست أيضاً بأنه لما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن رفع دعوى الحرمان الأولى باعتبارها إجراء موقوتاً باليت في الإشكال الذي رفعه المطعون عليه الأولى في تنبيه القيد الرسمي الذي اشترى الطاعن بموجبه الأفيان موضوع النزاع من المطعون عليه الثاني ، وكانت المحكمة قد قضت برفضها دون أن تبحث توافر شروطها تأسيساً على أنها سارت غير ذات موضوع به الفصل في الإشكال ، وكانت الدعوى الثانية التي رفعها الطاعن بطلب وضع الأفيان تحت الحرمان قد استند فيها إلى منازعة المطعون عليه الأولى في ملكيتها ووثقها بالفصل في هذه الملكية فصلاً نهائياً ، وكان يبين من ذلك أن السبب الذي بني عليه طلب الحرمان في كل من الدعويين مختلف عن الآخر ، فضلاً عن أن المحكمة لم تتعرض في الدعوى الأولى لبحث صوغات الحرمان لتقول فيها كلفها ، لما كان ذلك يكون الحكم المطعون فيه ، إذ قضى بعدم جواز نظر دعوى الحرمان الثانية لسبق الفصل فيها ، قد أعطى تأويل الحكم الصادر في الدعوى الأولى خطأ ترتّب عليه خطأ في تطبيق المادة ٤٠٥ من القانون المدني (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٨ ص ٢٥١) — ونقست أيضاً بأنه لما كان الحكم إذ رفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها استند إلى أن المدعين قد طابقوا الدعوى السابقة بالإخلاء لعدم المنزل وإقامة طابقتين جنهين مكان الطابقتين المزعم ههنا ، وقد رفضت المحكمة الدعوى لأن إعادة البناء كما كان وعلى نفس المساحة وبذلك الارتفاع لا يقتضي منه قصد التشاؤم من إجازة الإخلاء لهم وإعادة البناء ، وطابقوا في هذه الدعوى الإخلاء لهم وإعادة البناء بحيث يجري أكثر من دورين ، فقد اعطفت السبب في الدعويين لتحقيق غرض التشاؤم في هذه الدعوى بمصروف التوسعة بالفصل ، وكان هذا الذي جده بالسباب الحكم سوغاً لاعتوان السبب في الدعويين ، فإن التمسك عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس ( نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١٥ ص ٧٨٦) .

ومن قضاء محكمة الاستئناف المختصة : نقست بأن حتى تكون الحكم حجية الأمر المقضي يجب

هو الحيازة والسبب هو وضع اليد مدة محدودة ، وفي الدعوى الثانية لعل هو الملكية والسبب هو وضع اليد مدة أطول أو سبب آخر غير وضع اليد (١) .

= اتحاد السبب (٢٠ ديسمبر ١٨٩٤ م ٧ ص ٥٨) . وبغير السبب إذا استند الخصم إلى عقد بيع آخر غير البيع الذي صدر في شأنه الحكم الأول (٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٢ — ومع ذلك انظر : ١٢ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٩٧) ، ذلك ألا شيء يغير الخصم على أن يتسلك بجميع أسانيد مرة واحدة ، فيستطيع إذن أن يتسلك به لم يسبق له أن استند إليه ولو كان هذا السند موجود وقت صدور الحكم الأول (٢٥ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٨٢) . وبغير السبب لو استند الخصم إلى دفع غير المتيقن به أن كان قد استند إلى العقد (٣ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٨) ، أو رفع الدعوى غير المباشرة به إخفائه في دعوى الحوالة (٢١ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٨) . وإذا حكم في دعوى التمسك للشريك المتقاسم بالملكية في نصيبه ، كان الحكم حجة في دعوى استحقاق يرفضها به ذلك أحد الشركاء على هذا الشريك (٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٥) . ورفض طلب التصويض من المناقضة السكيدية في دعوى قضى فيها باستحقاق الأمان المتنازع عليها لا يكون حجة في دعوى تصويض أخرى من المقرر الثاني من جسد هذه الأمان (٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨١) . ويجوز للذات ، به إقتال قائمة التوزيع ، إذا كشفت خطأ ارتكبه هائن آخر أدرج في هذه القائمة ، أن يرفع دعوى استرداد غير المستحق من هذا القائل دون أن يراجه بحجة الأمر المقتضى (١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) — انظر أيضا : استئناف غلط ١١ مايو سنة ١٩٥٥ م ١٧ ص ٢٦٨ — ١٧ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٣ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠١ — ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٥٧ — ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٩ — ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٥ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٩٠ — ٧ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٦٨ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٨ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٦ — ٨ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢٠ — ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بالأحجية في دعوى الملكية للحكم الصادر في دعوى وضع اليد (نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٢ ص ٥٩٣) — انظر أيضا : استئناف غلط ١٢ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٣ — ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥ — ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٨ — ٢٢ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٣٩ — وانظر لجرى ورد ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٤٥ وحاشي رقم ١٠٠ .

كلالة الحكم في الحيازة في دعوى من دعوى وضع اليد لا يكون حجة في دعوى إيجار بتسليم العين للزوجة . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم ، إذ قضى برفض البعق بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، ثرو أن الدعوى الأولى هي دعوى استرداد حيازة أساسها وضع اليد وما يستوجب القانون من حماية لواقع اليد على العقار متى توافرت في وضع هذه الشروط المقررة لذلك قانونا ، في حين أن الدعوى الثانية تتضمن في موضوعها طلب الحكم بتسليم العين للزوجة باعتبار هذا التسليم حقا من حقوق المستأجر والتمسك من التزامات المزجر ، وأن السبب =

### ٣٧٥ - وجوب الدفء على شرط اتحاد السبب مع عزم التوسع

قيم : واتحاد السبب كشرط في حجية الأمر المقضى من شأنه أن يضيق من هذه الحجية ، وأن يجعل العود إلى التقاضي ممكناً في ذات الموضوع وبين نفس الخصوم بدعوى أن السبب مختلف . هذا إلى ما يناهز عليه تعديد معنى السبب ، في كثير من الحالات ، من دقة وخفاء صفى أمثلة منها فيما يلي . وقد نزع بعض الفقهاء إلى القول بإمكان حذف هذا الشرط من شروط حجية الأمر المقضى ، دون أن يحتل الأساس الذي تقوم عليه هذه الحجية<sup>(١)</sup> . وقال آخرون بامدماج المثل والسبب في شرط واحد ، فيكون هذا الشرط هو وحدة المسائل المتنازع فيها (questions litigieuses)<sup>(٢)</sup> . والصحيح في نظرنا أن هناك اعتبارين متعارضين لابد من التوفيق بينهما . فن ناحية ، تقضى نسبة الحقائق القضائية أن تمتد بسبب الحق المدعى به ، فالحكم الذي يرفض الملكية بسبب الميراث لا يمكن أن يعتبر عنوان الحقيقة في رفض الملكية بسبب الوصية . ومن ناحية أخرى ، يقضى أحد الاعتبارات الجوهرية التي تقوم عليها حجية الأمر المقضى - وهو عدم تأييد المنازعات - ألا تتوسع كثيراً في فكرة السبب ، وأن تجمع ما بين الأسباب المتقاربة التي يستدعي بعضها بعضاً فلا يفكر الخصم في أحدها دون أن يفكر في الآخر ، فتندمج جميعاً في سبب واحد ، ولا تجعل من نوعها

---

« الذي يستند إليه المستأجر في رفضه هو عقد الإيجار الذي يطالب بتنفيذه وليس مجرد وضع يده كما هو الحال في الدعوى الأولى ، وأن هذا الخلاف في الموضوع والسبب يمنع من التمسك بحجية الحكم السابق . . إذ قرر الحكم ذلك فإنه يكون قد بين وجوه الخلاف بين الدعويين بياناً واضحاً لا قصور فيه (نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض : رقم ١١٧ ص ٨٢٤) .

هذا وإذا خسر المدعي عليه الدعوى ، وكان لديه دفع يستطيع أن يدفعها به ، فالحكم ضده في الدعوى لا يمنعه من رفع دعوى جديدة يثير فيها الدفع الذي أخفاه . فإذا رفع المدعي دعوى استحقاق على المائز ، وأثبت سبباً للملكية ، ولم يدفع المائز بأنه كسب الملكية بالتقادم ، فالحكم بملكية المدعي لا يمنع المائز من رفع دعوى جديدة بملكته التي تستند إلى التقادم (أوبري ورو ١٢ بقرة ٧٦٩ هامش رقم ٨٥) .

(٣) بلانويول وريير وجابولد ٧ بقرة ١٥٦٠ ص ١٠٣١ ،

(٤) جلاسون وتيسيه ٢ بقرة ١٠١٣ ص ١٠١ - قارن بيدان ورو ٩ بقرة ١٣٥٢

ما يحل بوحدة السبب . وسنبر على هذه النقطة ، وتبين أهميتها بوجه خاص عند الكلام في وحدة عيوب الرضاء كسب المطالبة ببطان النقد ، وعند الكلام في وحدة أنواع المسؤولية كسب المطالبة بالتعويض .

فلا بد إذن من الإبقاء على شرط اتحاد السبب ، مع عدم التوسع فيه . فإذا تعدد السبب ، لم يجوز التمسك بحجة الأمر المقضي ، حتى لو اتحد المحل . لكن إذا اتحد السبب - مع اتحاد المحل والتقصوم - جاز التمسك بحجة الأمر المقضي ، حتى لو تعددت أدلة الإثبات على هذا السبب الواحد ، أو تعددت الدعاوى التي تنشأ من هذا السبب الواحد<sup>(١)</sup> .

(١) ومن الأمثلة على تعدد الدعاوى التي تنشأ من سبب واحد ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا بدأ النزاع بين الرضاء والمرتهن ، بأن دفع الرضاء دعوى طلب فيها بطلان النقد المدفوع الذي وصف بأنه بيع وحقيقته رهن وبرائة ذمة من الدين لاستهلاكه مقابل ما حصله المرتهن من الربح ، ودفع الدائن دعوى فرعية بإلزام مدينه بالدين كاملاً وحبس الدين المرهونة ، وانتهى هذا النزاع بحكم قضى بإلزام الرضاء بأن يدفع للمرتهن مبلغاً معيناً باعتباره الباقي له من الدين لغاية سنة ١٩٣٣ بعد خصم قيمة الربح الذي استعمل عليه من فوائد الدين وأصله . ثم تجدد النزاع ثانية بدعوى دفعها المدين طلب فيها برائة ذمة من المبلغ المحكوم به عليه ، وقضت المحكمة بتعديل هذا المبلغ واحصار رصيد الدين لغاية ١٩٤٠ مبلغاً معيناً . ثم أراد المدين أن يبرره ذمة من الدين ، فعرض على الدائن المبلغ المحكوم به نهائياً وملحقاته . فرفض الدائن بدوره دعوى أخرى ضد المدين بمبلغ حينه طالبه به على أنه مقابل ربع الأرض المرهونة من سنة ١٩٢٣ (تاريخ النقد) إلى سنة ١٩٤٢ ، مدعياً أنه لم يحصل شيئاً من الربح لبقاء الأرض في يد المدين طوال هذه المدة . فإن هذه الدعوى لا تكون مقبولة بالنسبة إلى المطالبة بالربح لغاية سنة ١٩٤٠ لسبق الفصل فيها . إذ السبب فيها ، كما في جميع الدعاوى السابقة ، هو عقد المديونية التي أنشأ الرابطة القانونية بين الرضاء والمرتهن ، فإن الدائن إذ يطالب بالربح إنما يمتدح في طالبه على الحق الذي استمدح من النقد بصفته مرتباً حيازياً ، والمدين حينما يطلب برائة ذمة إنما يمتدح من انتفاء الدين لسبب من أسباب الانتفاء أساساً<sup>(٢)</sup> . ولهذا الأساس يرد إلى عقد الرهن . وغير صحيح القول بأن سبب دعوى المرتهن الانتفاء هو وضع يد المدين على المدين المرهونة ، فإن استحقاق الدائن لهذا الربح لا سبب له قانوناً إلا النقد المذكور الذي يفرضه حق الاستيلاء على ربع الدين المرهونة سواء ظلت في حيازته أو انتقلت إلى حيازة الغير بطريق الإجارة أو غيرها . والموضوع أيضاً واحد في جميع هذه الدعاوى ، وهو بقاء الدين أو انتفاؤه . وغير صحيح كذلك القول بأن موضوع التقاضي السابقة كان مقصوراً على بطلان النقد وموضوع الدعوى الأخيرة هو المطالبة بربع الدين ، فإن بطلان النقد لم يكن إلا توطئة لطلب الأساس وهو برائة ذمة الرضاء لاستهلاك الدين في الربح على أساس أن المسألة فرض مكفول برهن وأن =

فيجب إذن مواجهة الحالات الآتية : (١) وحلة المثل مع تعدد السبب .  
وهنا لا يجوز التمسك بحجية الأمر المقضي . (٢) وحدة السبب مع تعدد الأدلة ،  
وهنا لا يمنع من قيام حجية الأمر المقضي . (٣) وحدة السبب مع تعدد الدعاوى ،  
وهذا أيضاً لا يمنع من قيام حجية الأمر المقضي .

٣٧٦ - وعبرة المثل مع تعدد السبب : قد يتحد المثل في الدعوتين  
ويتعدد السبب . وعند ذلك لا يكون للحكم الصادر في الدعوى الأولى حجية  
الأمر المقضي في الدعوى الثانية كما قلنا ، إذ أنه بالرغم من توافر شرط اتحاد  
المثل قد اختل شرط اتحاد السبب . وأكثر ما يتحد المثل ويتعدد السبب في العمل  
يقع في أحوال أربع : (١) يكون المثل المتحد هو بطلان العقد وتتعدد أسباب  
البطلان . (٢) يكون المثل المتحد هو انقضاء الالتزام وتتعدد أسباب الانقضاء .  
(٣) يكون المثل المتحد هو حق الملكية وتتعدد أسباب كسبها . (٤) يكون المثل  
المتحد هو قيام التزام وتتعدد مصادره .

فقد يطالب شخص ببطلان عقد ، ويجعل سبب البطلان عيباً في الشكل أو  
عيباً في الرضاء أو نقصاً في الأهلية أو خطأ في المثل أو خطأ في السبب .  
فهذه جملة من الأسباب الرئيسية للبطلان ، إذا تمسك بسبب منها ورفضت  
دعواه ، لم يمنعه ذلك من رفع دعوى جديدة يتمسك فيها بسبب آخر . فإذا  
تمسك بعيب في الشكل وقضى بصحة الشكل ، جاز أن يتمسك بعيب في الرضاء .  
وإذا تمسك بخلل في المثل ، لم يمنعه الحكم برفض دعواه من رفع دعوى جديدة  
يتمسك فيها بخلل في السبب . على أنه لا تجوز المبالغة ، كما قلنا ، في تنويع  
السبب الرئيسي الواحد من أسباب البطلان ، وإلا فقدت حجية الأمر المقضي  
قيمتها ولم تمنع من تأييد الخصومات . فالعيب في الشكل لا يعتمد سببه ، مهما  
تعددت صور هذا العيب<sup>(١)</sup> . والعيب في الرضاء لا يعتمد ، أيا كان هذا العيب

= ماحصل المرتين من غلة العين المرهونة وفي الدين وفوائده ، والمحكم في صدد بحث هذا  
الطلب في القضايا السابقة سميت دفاع المرتين في مقدار الغلة وفي ادعائه عدم الحصول عليها ، ثم  
فردت ما حصل منها والفائدة التي يستحقها وكانت بمسلة الاستهلاك (نفس ملف ٨ فبراير  
سنة ١٩٤٥ مجموعة حر ٤ رقم ٢٠٦ ص ٥٦٥) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ هاشم رقم ٨٩ .

غلطاً أو تدليساً أو إكراهاً<sup>(١)</sup>. ونقص الأهلية لا يتعد ، أيا كان السبب الذى الذى يرجع إليه نقص الأهلية قصراً أو سفهاً أو غفلة أو عتياً . وهكذا قل مع سائر الأسباب الرئيسية للبطلان . فإذا طعن شخص يبطلان عقد للتدليس ورفضت دعواه ، لم يجر له أن يعود فى دعوى جديدة يطعن فى العقد بالإكراه . والقباض لوحدة السبب فى البطلان هو ، فيما نرى ، أن يكون هناك سبب رئيسى واحد ، إذا انقسم إلى أسباب فرعية فإن كل سبب منها يستدعى السبب الآخر ، بحيث ترتسم كل هذه الأسباب الفرعية فى غيلة الخصم مندرجة فى هذا السبب الرئيسى ، فلا يفكر فى واحد منها دون أن يفكر فى الباقى ، فتتحقق وحدة السبب فى هذا السبب الرئيسى . وهو يستغرق كل الأسباب الفرعية التى تنلجج فيه ، فلا يتعدد السبب بتعدددها ، ويكون الحكم فى أى سبب منها حكماً فى الباقى . ومن ثم إذا طعن الخصم فى العقد بالغلط دون غيره من عيوب الرضاء ،

(١) وقد انقسم الفقهاء فى فرنسا فى هذه المسألة . ففرق يذهب إلى أن عيوب الرضاء — الغلط والتدليس والإكراه — عيوب مستقلة كل عيب منها من الآخر ، ولا تنجع فى سبب واحد ، بل يتعدد السبب بتعدد العيب ، وكذلك شأن عيوب الشكل وعبوب نقص الأهلية وعبوب المحل وعبوب السبب ، (ديبولومب ٣٠ فقرة ٣٣٤ — لوران ٢٠ فقرة ٧٢ محله ٨ فقرة ٣٢٩ — فقرة ٣٣٠ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٨١ — وأنظر فى هذا المعنى فى الفقه المصرى الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات جزء ٢ فقرة ٦٧٣ — الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٨٢ ص ٣٢٧ — ص ٣٢٨ — وقد كنا من يقول بهذا الرأى — الموجز فقرة ٧١٣ ص ٧٤٤ — ولكن الخلطة التى سرنا عليها فى هذا البحث هى ، كما قلنا ، إدماج الأسباب الفرعية فى السبب الرئيسى ، حتى لا يتعدد السبب الواحد ، فتعاهد المنازعات) . وفرق آخر يذهب ، على العكس من ذلك ، إلى إدماج جميع أسباب البطلان — عيوب الشكل والرضاء والأهلية والمحل والسبب — فى سبب واحد ، فيحوز الحكم فى أى عيب منها حجية الأمر المنفى بالنسبة إلى العيوب الأخرى (بوتيه فقرة ٨٧٦ — جريويك ص ١٠٩) ، وظاهر أن هذا الرأى المتطرف يقوم على الخلط ما بين المحل والسبب ، فالبطلان هو المحل لا السبب ، أما سبب البطلان فليس واحداً بل يتعدد ، ومنه ما يرجع إلى الشكل ومنه ما يرجع إلى الرضاء ومنه ما يرجع إلى الأهلية . وفرق ثالث يقسم أسباب البطلان إلى أسباب رئيسية ، وينسج فى كل سبب رئيسى ما يتفرع عنه من أسباب ، ويقتضى فى تعدد السبب عنه السبب الرئيسى لا السبب الفرعى (توليه ١٠ فقرة ١٦٥ — فقرة ١٦٦ — ماركاديه ١٣٥١ م — لاروسبيير ١٣٥١ م ٧ فقرة ٨٨ — فقرة ٨٣ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٢٦٩ هاشم وقم ٨٩ هاشم وقم ٩٠) . وهذا هو الرأى الذى سرنا عليه ، ويبدو أنه هو الرأى الذى ساد فى الفقه الفرنسى للمعاصر (بلائيول وديوير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٠ ص ١٠٢٢ — ص ١٠٢٣ — بيدان ورو ٩ فقرة ١٣٥٤ — ص ٤٦٢) .

فالحكم برفض دعواه الغلط حكم يرفض الدعوى للتدليس والإكراه ، ذلك بأنه عند ما طعن في العقد بالغلط لا بد أن يكون قد استعرض بطريق التصاحي التدليس والإكراه فاستبعدهما واقتصر على الغلط . إذ الطعن في العقد بالغلط ينشأ الطعن فيه بالتدليس ، فالتدليس غلط وقع فيه الخصم بسبب طرق احتيالية استعملت ضده ، وما دام لا يظن في العقد إلا بالغلط فهو ينشأ ضمناً أن هناك طرقات احتيالية أوقعته في هذا الغلط . كذلك الطعن في العقد بالغلط ينشأ الطعن فيه بالإكراه ، لأن دعوى الغلط تفترض وقوع الخصم في وهم من غير علم بالواقع ، فهي لا تتفق مع دعوى الإكراه التي تفترض خضوع الخصم للتعاقد عن علم بالواقع . وزى من ذلك كيف أن الغلط والتدليس والإكراه عيوب فرعية ، يستلحق كل عيب منها العيب الآخر ، وترسم جميعاً في مخيلة الخصم مندرجة في سبب رئيسي واحد . فإذا اقتصر الخصم على عيب منها ، فإنه بذلك يكون قد استبعد العيبين الآخرين . على أنه قد يحدث أن يظن الخصم في العقد بالغلط ، جاهلاً وقت الطعن أنه انما وقع في هذا الغلط بسبب طرق احتيالية نصبها له خصمه . فإذا كشف ، بعد صدور الحكم برفض دعواه لغلط ، عن هذه الطرق الاحتيالية ، جاز له أن يرفع دعوى جديدة بالتدليس ، على أن يثبت أنه لم يكشف عن هذا التدليس إلا بعد صدور الحكم في دعوى الغلط . كذلك يجوز أن يكون قد أكره على جانب من العقد وغلط في جانب آخر ، فرفع دعوى الإكراه قبل أن يكشف عن غلظه . فإذا صدر حكم في دعوى الإكراه ، فإن هذا لا يمنعه من أن يرفع دعوى الغلط ، على أن يثبت أنه لم يكشف عن هذا الغلط إلا بعد صدور الحكم في دعوى الإكراه<sup>(١)</sup> .

(١) قارب بلانويل وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٠ ص ١٠٣١ - ص ١٠٣٢ - نفس فرنسي ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٧ سيرة ١٩٤٨ - ١ - ٦٢ - ١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجلة النقض ص ٩٧٧ .

وفي عن البيان أن من يظن في العقد بالاطلاق يستطيع أن يعود إلى المطالبة بفسخ العقد (يودى وبارد ٤ فقرة ٢٦٨٣) أو إلى الطعن في العقد بالدعوى البوليسية ، والطعن في العقد بالدعوى البوليسية لا يمنع من العودة إلى الطعن في العقد بدعوى الصورية (بلانويل وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٠) ، فهذه كلها أسباب مختلفة . ورفض الطعن في البيع بوقوعه في مرض الموت لا يمنع من الطعن فيه باعتباره هبة في غير ورقة رسمية (محكمة الاسكتندرية الأهلية ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المبيعة الرسمية ٨ رقم ١/٥٧ ص ١٢٢ - متبا القنص في ٢ مايو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢٢ ص ٨٦) . والحكم بصحة عقد باعتباره صادراً من المورث بعد إنكار التوقيع عليه من بعض =





جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالوصية . وإذا تمسك بالتقادم ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالشفعة <sup>(١)</sup> .

وقد يطالب شخص آخر بالتزام قام في ذمته ، ويجعل مصدر هذا الالتزام العقد أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو غير ذلك من مصادر الالتزام . فإذا تمسك بالعقد ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالعمل غير المشروع . وإذا تمسك بالإثراء بلا سبب ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالإثراء بلا سبب . ونرى ، جريا على النخلة التي نسبر عليها ، أن العمل غير المشروع ، بل المسئولية في مجموعها ، سبب رئيسي واحد لا يتعدد بتعدد أنواع المسئولية . فرض دعوى المسئولية عن عمل معين يمنع من رفع دعوى جديدة بالمسئولية عن نفس العمل ، ولو كيفة المسئولية في الدعوى الأولى بأنها مسئولية عقدية وفي الدعوى الثانية بأنها مسئولية تقصيرية ؛ ومن باب أولى لو كيفة في الدعوى الأولى بأنها مسئولية تقصيرية قائمة على خطأ ثابت وفي الدعوى الثانية بأنها مسئولية تقصيرية قائمة على خطأ مفروض . ففي كل هذه الأحوال ، السبب الرئيسي الذي يجب الوقوف عنده هو العمل الذي نشأت عنه المسئولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، وهذا العمل هو هو لم يتغير في جميع الصور للتقدمة <sup>(٢)</sup> .

(١) استئناف مخطوط ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ص ٩ م ٣٥٢ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ص ٦٦ - انقازين السككية ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الحملة ٩ رقم ١٦١ ص ٢٥٨ - أوبري ورو ١٢ بقعة ٧٩٤ حاشي رقم ١٠٧ .

وقضت محكمة الزقازيق بأنه إذا رفضت دعوى بالمطالبة بملكية عقار ارتكباناً على سبب قانوني وهو الميراث ، وفضل في تلك الدعوى ، فليس هناك ما يمنع المعنى الذي صدر الحكم منه في هذه الدعوى من أن يرفع دعوى أخرى مرتكباناً على مقد البيع الصادر إليه من مجلس البررة عن جزء من العقار نفسه ، حتى لو ثبت أن ذلك البيع قد انقضى في تاريخ سابق على الدعوى الأولى وذلك لاختلاف السبب في الدعويتين (٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الحملة ٩ ص ٢٥٨) .

هذا وقد قضت محكمة الاستئناف الاطية بأن من رفضت دعواه في الشفعة بصفته شريكاً له أن يرفعها بصفته جباراً ، ولا يقبل الطعن بحجية الأمر المقضي لأن السبب في الدعوى ليس واحداً في الحالتين (١٧ مارس ١٩٠٤ المحبوسة الرسمية ٦ رقم ١/١٤ ص ٢٨) . ولنا نرى في تعدد أسباب الخطأ بالشفعة إلا أسباباً فرعية ترجع إلى سبب رئيسي واحد ، واقتضاه في سبب منها قضاء في سائر الأسباب .

(٢) وطأ هو ما جرى عليه قضاء محكمة النقض في دائرتها المدنية . فقد قضت بأن الرجوع -

### ٣٧ - ومرة السبب مع نمر الدولة : وقد يحدد السبب وتحدد عليه الأدلة . فيكون السبب في هذه الحالة واحداً ، مهما تعددت أدلته ، واقعية

= في باب قوة الشيء المحكوم به هو اعتبار كل ما توله به الضرور حق في التصويض من شخصه أو من ماله قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه — كل ذلك هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتصويض مهما تنوعت أو تعددت مثل التصويض أو أسبابه ، لأن ذلك جميعاً من وسائل الدفاع أو طرقه (moyens) ، فهما كانت طيبة المسئولية التي يبتها للقاضي في حكمه الصادر برفض دعوى التصويض ، ومهما كان النص القانوني استند إليه المدعي في طلباته أو النص الذي اعتمد عليه القاضي في حكمه ، فإن هذا الحكم يمنع الضرور من إقامة دعوى تصويض أخرى على من حكم قبله برفض دعواه ، لأنه يعتبر دالاً بالانقضاء على انتفاء مسئولية المدعي عليه قبل المدعي عما ادعاه عليه أيما كانت المسئولية التي أسس عليها طلبه ، عقدياً أو غير عقدياً أو تقصيرية ، حل متى أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله في دعوى التصويض ، وإن لم يتناول البحث بالفعل فيها ، ولم يكن ليجري الحكم المدعي على خصمه بتصويض ما (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة حر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢) . ونقضت محكمة النقض أيضاً في دائرتها المدنية بأن المراد في وحدة الدعويين في ضد قوة الشيء المحكوم فيه هو حل ماعة الموضع في كل دعوى والسبب المباشر الذي تولدت عنه كل منهما ، فإذا كان موضوع الدعوى الأول بين الخصوم هو المطالبة بتصويض وسببها حفر مستقى ، وموضوع الدعوى الثانية المطالبة بتصويض أيضاً وسببها هي الأخرى حفر المستقى نفسها ، فلا يؤثر في وحدتهما اختلاف حلة السبب المطلوب التصويض من أجله ولا قيمة التصويض المطالب به (نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة حر ٤ رقم ٤٦ ص ١١٥) — أما الدائرة الجنائية فحكمة النقض فتجري على غير ذلك ، ذاعمة إلى أنه إذا رفضت الدعوى على أساس نوع معين من المسئولية لم يحز الحكم حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى الأنواع الأخرى ، فالسبب في دعوى المسئولية هو نوع الخطأ الذي قامت عليه — فيتميز الخطأ العقدي عن الخطأ التقصيري كما يتميز الخطأ الثابت من الخطأ المفروض — لا قيام المسئولية في ذاتها . وما قضت به في هذا المعنى أنه ما دامت الدعوى قد رفضت على أساس المسئولية التقصيرية ، والمدعي لم يطلب أن يقضى له فيها بالتصويض على أساس المسئولية التضامنية — إن صح أن يطلب ذلك أمام المحكمة الجنائية — فليس للمحكمة أن تبرع من عندنا بقبول الدعوى على سبب غير الذي رفضها صاحبها به ، فإنها إذ تقبل تكون قد حكمت بما لم يطلب منها المخصص ، وهذا غير جائز في القانون (نقض جنائي ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المضافة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) — وقضت كذلك بأنه ما دامت الدعوى المدنية قد رفضت أمام المحكمة الجنائية ، فإن هذه المحكمة إذا انتهت إلى أن أحد التبعين هو وحده الذي قارب الجريمة المطلوب التصويض عنها ، وأن التبعين الآخرين أحدهما لم يبلغ منه سوى تقصير في الواجبات التي يفرضها عليه العقد المبرم بينه (وهو مستعظم بترك التسليف) وبين المدعي بالمعقود المدنية (وهو ترك التسليف) والآخر لم يثبت والفرع أي تقصير منه — إذا انتهت المحكمة إلى ذلك ، يكون متيناً عليها ألا تقضي بالتصويض إلا على من تكلمت عليه الجريمة ، وأن تقضي برفض الدعوى بالنسبة للتبعين الآخرين ، لأن حكمها =

كانت هذه الأدلة أو قانونية . وعند ذلك يكون للحكم الصادر في الدعوى الأولى حجية الأمر المقضى في دعوى أخرى ، عاد فيها الخصم إلى نفس السبب ، ولكن ليقم عليه دليلاً آخر ، فلا يقبل منه ذلك<sup>(١)</sup> .

وقد رأينا فيما قبلنا من دعوى المسؤولية تطبيقاً لهذه القاعدة . فالسبب في هذه الدعوى هو - كما قلنا - العمل الذي نشأت عنه المسؤولية ، وهو واحد لا يتعدد ، وإنما تتعدد أدلته (moyens) ، فإثارة تستند المسؤولية إلى العقد ،

= كل المزمع الذي خالف شروط العقد لا يكون إلا على أساس المسؤولية التضامنية وهو غير السبب المرفوعة به الدعوى أمامها ، وهذا لا يجوز في القانون ، ولأن حكمها بالتعويض على المتهم الآخر ليس له ما يبرره ما دام لم يثبت وقوع أى خطأ منه . أما القول بأن المحكمة كان عليها في هذه الحالة أن تحكم بعدم الاختصاص في الدعوى المدنية بالنسبة لخصم المتهمين ، أحدهما أو كليهما ، لا يبررها ، فردود بأنه ما دامت الدعوى قد رفضت على أساس انعدام المسؤولية التضامنية ، فإن ذلك لا يمنع المعنى بالمخوق المدنية ، وليس من شأنه أن يمنعه ، من رفضها أمام المحاكم المدنية بناء على سبب آخر هو المسؤولية التضامنية (نقض جنائي ٣١ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٣٧ ص ٨١) . وانظر أيضاً في هذا المنحى : نقض جنائي أول فبراير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٦١ ص ٤٨٠ — أول مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٢٦ ص ٤٩ — ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٣٩٤ ص ١٠٠٦ — ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ ملحق جنائي ٩٩ ص ٥٨ استئناف مخطوط ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٩ — أما القضاء في فرنسا فقد جرى على نحو ما نجرى عليه الدائرة الجنائية لحكمة النقض صفنا ، فهو يلعب إلى أن السبب في دعوى المسؤولية هو نوع الخطأ الذي تقوم عليه المسؤولية ، فلا يجوز للمدعى أن يترك الخطأ التضامني إلى الخطأ العمدى ، أو يترك الخطأ الثابت إلى الخطأ المفروض ، وإلا كان ذلك طلباً جليهاً لا يجوز له أن يتقدم به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ولا يجوز هذا أيضاً للقاضي ، وإلا كان ذلك قضاء في شيء لم تطلبه الخصوم ، وإذا رفضت دعوى المسؤولية على أساس نوع معين من الخطأ فإن الحكم لا يجوز حجية الأمر المقضى بالنسبة إلى الأنواع الأخرى ( أنظر في القضاء الفرنسي وفي نقده مازو ٣ فترة ٢٠٩٧ — فترة ٢١٠١ ) . وانظر في هذه المسألة الوسيط جزء أول فترة ٦٢٢ — الأستاذ سليمان مرقس : مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٢١٩ - ص ٢٣٨ — ١٧ و العدد الثاني — أصول الإثبات فترة ١٨٢ ص ٣٢٠ — ص ٣٢١ — هذا وقد قضت الفترة الأخيرة من المادة ٤١١ من تقنين المرافعات بما يأتي : « وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصل على حاله تغيير سببه والإضافة إليه » . وهذا الحكم يسع لمن دفع دعوى المسؤولية التقديرية في حكمة أول درجة أن يستند إلى المسؤولية التضامنية في حكمة الاستئناف أو بالعكس . وكذلك يجوز لمن استند إلى نوع من المسؤولية التضامنية في حكمة أول درجة أن يستند إلى نوع آخر من هذه المسؤولية في حكمة الاستئناف .

(١) وهذه الأدلة أو الوسائل أو الجبجج (moyens, arguments) تسمى بالأسباب البعيدة (causae remotae) — أما السبب (causa) فيسمى بالسبب القريب (causa proxima) (انظر . أوبري و دوو ١٢ فترة ٧٦٩ هامش رقم ٨٧ و ٨٨) .

وطوراً إلى الخطأ الثابت ، وثالثة إلى الخطأ المفروض ، وليست هذه كلها إلا أكلة متعددة لسبب واحد هو قيام المسؤولية . ففي دعوى المسؤولية إذن السبب هو قيام المسؤولية ، والمثل هو التعويض .

ومن ادعى التخلص من دين بالوفاء ، وأراد أن يقدم على ذلك بينة حكم بعدم جواز سماعها ، وقضى عليه بالدين ، لا يجوز له بعد ذلك أن يرفع دعوى جديدة متمسكاً بالسبب نفسه وهو الوفاء ، وإن قدم عليه هذه المرة دليلاً مكتوباً كخاتمة بالدين . ذلك أن السبب هنا - وهو الوفاء - لم يتغير ، وأن تغير الدليل عليه من بينة إلى ورقة مكتوبة . على أنه إذا رفع الدائن دعوى بالدين ، ولم يدفع المدعى بالوفاء قضي بالدين ، ولم يتناول الحكم إلا البحث في وجوده ولم يتعرض للوفاء به ، فإن هذا الحكم لا يجوز حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى الوفاء . ومن ثم يجوز للمدين ، إذا عثر بعد ذلك على مخالصة بالدين ، أن يرفع دعوى جديدة يطالب فيها الدائن برد ما دفع إليه دون حق<sup>(١)</sup> . أما إذا دفع للمدين بالوفاء ، وعرض الحكم لهذا الدفع وقضى برفضه ، فإن هذا الحكم يجوز حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى الوفاء أيضاً ، ولا يجوز للمدين إذا عثر بعد ذلك على مخالصة بالدين رفع دعوى جديدة باسترداد ما دفع دون حق<sup>(٢)</sup> .

(١) قارن المرجع المؤلف بقرة ٧١٣ ص ٧٤٥ - ص ٧٤٦ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه من المقرر أن استرداد ما أخذ دون حق لا يمنعه سبق صدور حكم في خصوصية لم يتعرض فيها على المحكمة حصول تسديد مبلغ وتقديم سنوات مثبتة للشاهد ( ٢٩ يونيو سنة ١٩٣٣ الهامة ١٤ رقم ٢/١٣٣ ص ٢٤٩ ) : وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم القاضي بالدين لم يتناول إلا البحث في وجود الدين ، ولم يتعرض للبحث في سداده ، فالحكم الصادر بالدين لا يمكن أن يكسب حجية الأمر المقضي بالنسبة لأداء الدين لأنه لم يفصل فيه ، وعلى ذلك يصح رفع دعوى ببراءة الذمة من الدين المحكوم به . أما إذا كان الحكم قد بحث في الأداء ، فإنه يكسب حجية الأمر المقضي لأنه فصل فيه . ولا يصح حينئذ رفع الدعوى من جديد ببراءة الذمة مما حكم به ( ٣ أبريل سنة ١٩٣٣ الهامة ١٤ رقم ٢/٤٢ ص ٨٢ ) - انظر أيضاً : استئناف أهل ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٤ اتضاء ٢ ص ٢٦ - بيني سوييف الجزئية ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ الهامة ١٤ رقم ٢/٢٢٨ ص ٤٤٢ - استئناف مخطوط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٤ - ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٩٨ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٢١ - ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٤ ص ١٤٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض . بأنه إذا ادعى مدين أنه سدد الدين المطلوب الحكم به عليه ، ثم حكم بالإلزام بهذا الدين ، وتناول هذا ما كان يدعيه من التخلص من الدين بالوفاء فإلا أنه

وإذا ادعى شخص ملكية عين بسبب الشراء مستنداً إلى ورقة مكتوبة لإثبات عقد البيع له ، فرضت دعواه ، لم يجوز أن يرفع دعوى جديدة ليثبت صحة البيع بورقة أخرى أو بالينة ولو كانت قيمة العين تجيزها ، وذلك بأن سبب الملكية - وهو عقد البيع - لم يخطف ، بل الاختلاف هو في أدلة الإثبات ، وهذا لا يجوز تعجيله المتأخرة<sup>(١)</sup> .

غير ثابت لعدم تقديم أية مخالصة ، فليس لهذا المدعى به ذلك أن يدعى برامة فتمت دعوى جديدة بناء على مخالصة يجدها بعد ذلك ( نقض مدعى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة ص ٣ رقم ٧ ص ١٦ ) - ونقض محكمة الاستئناف الأعلى بأنه لا يجوز أن تقضى عليه نهائياً بدعى ، ثم دفعه بناء على هذا الحكم ، أن يطالب بعد ذلك برد ما دفعه ارتكناً على مخالصة سابقة لتاريخ الحكم نظرت أثناء الدعوى ولم تأخذ بها المحكمة ، لأن قوة الشيء المحكوم فيه تحول دون ذلك (١٤ فبراير سنة ١٩٢١ المحاماة ١ رقم ١١٣ ص ٥٢٧) . انظر أيضاً : بنى سريف استئناف ٢٦ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٦٥ ص ١٠٢ - مصر الأعلى ٣١ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٣١ ص ٢٦٠ - نجح حمادى ١٤ يونيو سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٤٠ رقم ٢ ص ٤١ - وقارون بنى سريف استئناف ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٢٣ ص ٤٠ .

وانظر في هذه المسألة الأستاذ عبد السلام دغنى في الأدلة ٢ ص ٢١٤ - ص ٢٢١ .

(١) محكمة الجيزة ١١ مايو سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ٣١٢ - أوبرى ردو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٥٠ - الموجز للزئلف فقرة ٧١٣ ص ٧٤٥ - ص ٧٤٦ .

هذا وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى للمدعى بتثبيت حقه في القرار على الأرض المتنازع عليها ، وكان المدعى عليه مختصاً في هذه الدعوى بصفته مطلقاً حق الملكية في هذه الأرض من شخص آخر باعها له ، ثم أنشأ المدعى عليه مبنى على تلك الأرض ، فرجع المحكوم له بحق القرار عليها دعوى طلب فيها الحكم بإزالة هذه المبنى ، نقض له بذلك ، وكان للمدعى عليه مختصاً في الدعوى الثانية بصفته مشترياً حق الرتبة من وزارة الأوقاف ، فإن السبب القانونى في الدعويتين واحد ، وهو حق القرار على الأرض . أما اختصاص المدعى عليه في الدعوى الأولى بصفة واخصامه في الدعوى الثانية بصفة أخرى فلا يندسب في كل دعوى من الدعويتين التين اختصاصهما بمعايرته مدعى عليه ، وإنما هو تدليل لما يدعى من حقوق على الأرض المتنازع عليها لا تأثير له في وحشة السبب في الدعويتين ، ونهاية ما في الأمر أنه كان في الدعوى الأولى يستند إلى تلقى حقه من شخص وفى الدعوى الثانية إلى تلقى من شخص آخر (نقض مدعى ٧ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة ص ١ رقم ٣٥٤ ص ١١٠١) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كان موضوع الدعوى هو طلب التشفعة في جميع الأبطال المبيعة ، وكان من أسبابها الشروع الكلى في محرم الأبطال المورثة التي منها الأبطال المبيعة أو الشروع الجزئى في تلك الأبطال ذاتها ، واستندت المحكمة طعن السببين من الدعوى لحصول التشفعة بين الورثة ، ووصل هذا الحكم نهائياً ، ثم تسلك الطعن - عنه نظراً في سبب الجوار - باستحقاقه التشفعة -

**٣٧٨ - ومرة السبب مع قصور الدعوى :** وقد ينشأ عن السبب الواحد دعويان لصاحب الشأن الحق في اختيار إحدهما ، فإذا اختار واحدة ورفض طلبه فيها كان للحكم بالرفض حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى الدعوى

في جزء من الأرض المبيعة ، قولاً منه بأن هذا الجزء استصلحه المورث من قطعة هو شريك فيها على الشيوع لم تتناولها القصة وأدخل في قطعة أخرى هي القطعة المبيعة فصار منها مع بقائه شاملاً ، فهذا منه تجعيد النزاع الذي سبق الفصل فيه ، وهو غير جائز له ، إذ ليس هذا القول سبباً جديداً للشفعة ، وإنما هو دليل جديد على الشيوع الذي سبق القضاء بنفيه (نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٥٥ ص ٣٥١) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كان المدعي عليه قد طلب أصلياً رفض طلب الريع الذي طالبت به أخته ، واحتياطياً إحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت أن المدعية استولت منه على هذا الريع إذ كانت تقيم معه وهي مريضة وصرف عليها طوال مدة مرضها مبالغ تزيد على ما لها ، فقصت المحكمة بإلزامه بقيمة الريع استناداً إلى أنه كان ينكر على المدعية وراثتها لوالده ، مما يدل على أنه لم يعطها شيئاً من الريع ، فماد فرغ الدعوى على الأخت يطالبها فيها بمصروفات العلاج المشار إليها ، فقصت المحكمة بعدم جواز نظر هذه الدعوى لسبق الفصل فيها ، فإنها لا تكون قد أخطأت ، لأن الموضوع في الدعويين بينه وبين أخته واجد وهو التخلص من الريع ، لا يفر من وحدته كون التخلص حصل بالوفاء به نقداً أو بالصرف في العلاج (نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٥٣ ص ٤٢٩ - والحكم محل للنظر ، فقد تمسك المدعي عليه في الدعوى الأولى ، كطلب احتياطي ، بالمقاصة بين الريع ومصروفات العلاج . ويبدو أن المحكمة لم تبحث هذا الطلب الاحتياطي ، واقتصرت على استخلاص قرينة على عدم الوفاء بالريع من إنكار المدعي عليه لوراثته أخته . فلا شيء يمنع في هذه الحالة ، وبعد الحكم بالريع ، من تجعيد النزاع في شأن مصروفات العلاج التي لم يفصل فيها الحكم الأول . ولعل المحكمة قد تأثرت بإنكار المدعي عليه لوراثته أخته ، وهو إنكار يتطوى على ثمن في الدفاع ) .

وفي تعدد الدليل ، قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تغيير جهة الوراثة هو تغيير في الدليل لا في السبب (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٤٥) .

وفي وحدة السبب وتمتده قضت هذه المحكمة بأنه إذا صدر حكم بصحة عقد ، فلا يجوز بعد ذلك الطعن في دعوى جديدة بصورية هذا العقد وإبراز ورقة الصد (١٠ يونيو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٨٧) . ولكن إذا رفضت دعوى بصحة عقد ، ودفع فيها بتقص الأهلية لقصر ، فالحكم في هذا الدفع لا يكون حجة في دعوى أخرى بصحة عقد آخر (استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٨٩٢ م ٦ ص ١٢٦) . وقضت محكمة إسنا بأن المستأجر الذي حكم عليه نهائياً بدفع الإجرة ، ففهمها إذعائاً للحكم ، أن يطالب المؤجر برد ما تسلمه إذا نزع المقار من يد المستأجر بعد ذلك بناء على حكم صدر لمصلحة شخص ثالث في دعوى أخرى رفضت بعد الدعوى الأولى وكان المؤجر طرفاً فيها ، وليس لهذا الأخير أن يدفع مطالبة المستأجر بالرد بحجة الأمر المقضي (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٨٠) .

الأخرى ، فتكون هذه غير مقبولة إذا رفضت<sup>(١)</sup>

مثل ذلك الاستئلال . فقد قضت المادة ١٢٩ من التقنين المدني بأن المتعاقد للغيرن الذي استغله المتعاقد للقاضي له أن يطلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته . فإذا اختار إبطال العقد ، وحكم برفض دعواه ، فإن هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضي في دعوى جديدة يرفعها المتعاقد ويطلب فيها إنقاص التزاماته . ذلك بأن الحكم بالرفض قد استغند السبب المشترك للدعويين معاً ، وهو الاستئلال<sup>(٢)</sup> . والمكس صحيح ، فإذا رفضت دعوى إنقاص التزاماته ، لم يحز سماع دعوى الإبطال .

ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٤٣٨ من التقنين المدني من أنه « إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى للبيع مع إنقاص الثمن » . فهنا أيضاً إذا خسر المشتري دعواه في إنقاص الثمن ، كان الحكم حجة تمنع من قبول دعوى الفسخ . أما إذا خسر دعوى الفسخ لعدم وصول النقص في المبيع إلى الحد المطلوب من المسألة ، فإن هذا لا يمنع من رفع دعوى إنقاص الثمن<sup>(٣)</sup> .

كذلك إذا خسر مدعي الاستحقاق دعواه في استحقاق نصيب شائع ، كان الحكم حجة تمنعه من أن يرفع دعوى القسمة في نفس العين الشائعة ، إذ أن سبب الاستحقاق هو نفس سبب القسمة - وهو ملكية النصيب الشائع - فإذا استغند هذا السبب في دعوى الاستحقاق ، فقد استغند أيضاً في دعوى القسمة<sup>(٤)</sup> .

---

(١) أنظر من الاطعة حل ذلك : نقض مدني ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٦ ص ٥٦٥ ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ علمش رقم ١٠١ .

(٣) أنظر أيضاً المادتين ٤٣٣ و ٤٣٤ من التقنين المدني (حق المشتري في طلب إنقاص الثمن و فسخ العقد إذا وجد عجز في المبيع) .

(٤) أنظر في اطعة أخرى أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٩ ص ٤٤٦ - ص ٤٤٧ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلة بقيام حجية الأمر المقضي ، حتى لو رفضت الدعوى الأولى في صورة =



ويلاحظ في الأمثلة المتقدمة أن المحل في الدعويين مختلف . ففي الاستئصال ، محل الدعوى الأولى هو إبطال العقد ، بينما المحل في الدعوى الأخرى هو إنقاص الثمن . وفي التلف الجزئي للمبيع ، محل الدعوى الأولى هو فسخ العقد ، ومحل الدعوى الأخرى هو إنقاص الثمن . وفي ملكية النصب الشائع ، محل الدعوى الأولى هو استحقاق هذا النصب ، ومحل الدعوى الأخرى هو قسمة العين الشائعة . ومع أن المحل مختلف ، فإن الحكم في الدعوى الأولى حجة في الدعوى الأخرى كما رأينا . ويمكن تعليل ذلك بأن الحكم الذي رفض الدعوى الأولى تضمن رفض الدعوى الأخرى ، إذ استنفد السبب المشترك للدعويين كما سبق القول ، فيكون للحكم حجية ، لا باعتباره قد فصل صراحة في الدعوى الأولى ، بل باعتباره قد فصل ضمناً في الدعوى الأخرى .

• • •

### ٣٧٩ - خامس - فكرته رئيسياته في حجية الأمر المقضى : وبعد

فإن هناك فكرتين رئيسيتين تنتظمان كل ما قدمناه من شروط في حجية الأمر المقضى <sup>(١)</sup> .

الفكرة الأولى هي ضرورة حسم النزاع ووضع حد تنتهي عنده الخصومات . فإدام قد صدر في النزاع حكم قضائي قطعي ، فإنه يجوز حجية الأمر المقضى في منطوقه لا في أسبابه ، وذلك حتى نقف بالتناقض عند حد معقول ، فلا يشكر النزاع مرة بعد أخرى دون أن يحسم . وهذه الفكرة الرئيسية الأولى هي التي تنتظم الشروط الواجب توافرها في الحكم .

والفكرة الثانية هي الحيولة دون التناقض في الأحكام مع مراعاة النسبية في الحقيقة القضائية . فإدام الحكم قد صدر ما بين نفس الخصوم ، وفي ذات

= معارضة في تنبيه نزع الملكية مبنية على ملكية المأرض للأيمان المتنازع فيها ، ورفضت الدعوى الثانية في صورة دعوى استحقاق لهذه الأيمان (٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م ١٣ ص ١٩٨) .

(١) المرجع المؤلف ص ٧٨٤

الحل ، وليس السبب ، فالتناقض مرة أخرى يودى إلى حكم ، إن التناقض مع الحكم الأول فلا حاجة لنا به ، وإن خالفه ولمنا فيها الخشاه من التناقض . وهذه الفكرة الرئيسية الثانية هي التي تنظم الشروط الواجب توافرها في الحق للمعى به .

# القِسْمُ الثَّانِي

آثار الالتزام



## تمهيد

(١)

### تنفيذ الالتزام

٣٨٠ - أثر الالتزام وأثر العقد : أثر العقد هو إنشاء الالتزام ، إذ العقد مصدر من مصادر الالتزام .

أما أثر الالتزام فهو وجوب تنفيذه . وقد خلط التقنين المدني الفرنسي خلطاً ظاهراً بين أثر العقد وأثر الالتزام ، فمالج الأكثرين معاً مختلفين في باب واحد ، وكان ينبغي التمييز بينهما تمييزاً دقيقاً<sup>(١)</sup> . أما التقنين المدني المصري السابق فقد فصل ما بين الأكثرين ، وتجنب الخلط الذي وقع فيه التقنين المدني الفرنسي ، ولكنه كان مقتضياً كل الاقتضاب في بسط الأحكام المتعلقة بأثر

• مراجع : نذكر هنا المراجع العامة التي يعتمد عليها في هذا القسم ، تاركين المراجع الخاصة بكل موضوع نذكرها عند الكلام في هذا الموضوع . وقد بينا أمام كل مرجع الطبعة التي رجعنا إليها ، فمند الإشارة إلى المرجع تنصرف الإشارة إلى هذه الطبعة .

الفقه الفرنسي : أوبري ورو وبارتاتان جزء ٤ طبعة سادسة — بودرى وبارد الجزآن الأول والثاني طبعة ثالثة — ديموج الجزآن السادس والسابع — بلانجيل وريبير ورودون جزء سابع طبعة ثانية — بيدان ولاجارد الجزآن الثامن والتاسع طبعة ثانية — دي بلج الجزآن عاشر والثالث طبعة ثانية ( في شرح القانون البلجيكي ) — بلانجيل وريبير وبولانجيه الجزء الثاني طبعة ثالثة — كولان وكايبات وجوليودي لاموراندبير الجزء الثاني : طبعة عاشرة — جوسران الجزء الثاني طبعة ثانية — دالوز انيكلويدى .

الفقه المصري : دى طلس — هالتون — والتون — الأستاذ عبد السلام زعنى في نظرية الالتزامات — نظرية العقد المؤلف — الموجز للمؤلف — الأستاذ حلمي هجيت بدوى في نظرية العقد — الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت في نظرية الالتزام ( سنة ١٩٤٥ ) — الأستاذ عبد الحى حجازى في النظرية العامة للالتزام الجزء الثالث — الأستاذ اسماعيل خانم في أحكام الالتزام .

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٣٢٨ — فقرة ٣٢٩ — دى باج ٣ فقرة ٦٤ وقرة ٦٦

الالتزام ، فأغفل وطائفة من أمهات المسائل التي تعرضت لها التقنيات الحديثة<sup>(١)</sup> . واستدرك هذا النقص التقنين المبدئي المصري الجديد ، فتناول آثار الالتزام في باب رتب ترتيباً تتسلسل الأحكام فيه ، وتتعاقب النصوص على وجه قل أن يجده له نظيراً في التقنيات الحديثة<sup>(٢)</sup> .

وتنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً عينياً (exécution en nature) أو تنفيذاً بمقابل (exécution par équivalent) عن طريق التعويض (dommages-intérêts) . كذلك قد يكون تنفيذ الالتزام تنفيذاً اختيارياً (exécution volontaire) أو تنفيذاً جبرياً (exécution obligatoire) .

### ٣٨١ - التنبيه العيني والتنفيذ عن طريق التعويض : والأصل

في تنفيذ الالتزام أن يكون تنفيذاً عينياً ، فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به ، وذلك إذا توافرت شروط معينة سيأتى ذكرها . أما إذا اختل أحد هذه الشروط فإن التنفيذ يكون بمقابل ، فيقوم المدين بدفع تعويض للدائن يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب عدم تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً . وقد يكون التعويض هو ذاته تعويضاً عينياً (réparation en nature) . فإذا التزم جار بالآل يقيم حائطاً في أرضه فيجب النور عن جاره ، فإن التنفيذ العيني لهذا الالتزام هو ألا يقيم الجار الحائط ، والتعويض العيني هو هدم الحائط بعد أن يكون الجار قد

---

(١) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد ، فنقول : « في التقنين الحال (القديم) في النصوص الخاصة بآثار الالتزام تقتيراً أغفل معه طائفة من أمهات المسائل التي تعرضت لها التقنيات الحديثة . وإذا كان قد أغفل الالتزامات الطبيعية وهي بعمد مضمونة الحق في أغلب التقنينات ، فلهذا مسائل أخرى تنصل بآثار الالتزام يكاد يكون نصيبها من الإغفال كاملاً . وأهم هذه المسائل : التنفيذ العيني وما يقتضيه من تنظيم بالنسبة لأقسام الالتزام الثلاثة ، والتنفيذ بالقرارات التمهيدية ، والتنفيذ بمقابل وبوجه خاص تبة المدين والإفناء منها ، وإجراءات التنفيذ وإجراءات التحفظ . ثم إن من المسائل ما بالغ هذا التقنين في إجمال الأحكام الخاصة به معالجة لا تخلو من الإخلال أحياناً ، كما هو الشأن في الإضرار والشرط الجزائي والقواته والعرض غير المباشرة والعرض البوليصي والعرض الضرورية » . (مجموعة الأعمال المتضمنة ٢ ص ٤٩٦)

(٢) القمصين جزء أول ص ٣٠ - ص ٣١ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « وقد استدرك المشروع أوجه النقص المتضمنة جسيماً ، وجهه في علاج أهم وجه منها ، فتمد إلى تنظيم الأضرار دون أن يكون أمامه مثال كامل يطمئن إلى »

أقامه . ولكن التعويض العيني نادر في العمل ، وأكثر ما يكون التعويض مبالغ من العقود .

### ٣٨٢ - التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري : وسواء كان التنفيذ جبرياً

أو كان عن طريق التعويض ، فإن المدين يدعى إلى تنفيذه اختياراً . والتنفيذ الاختياري هو الذي يقابل عنصر المديونية (Schuld) في الالتزام ، ويدعى عادة بالوفاء (paiement) ، وموضع الكلام فيه عند أسباب انقضاء الالتزام فهو أول هذه الأسباب وأهمها . وإذا امتنع المدين عن التنفيذ اختياراً - ولم يكن الالتزام التزاماً طبيعياً على النحو الذي سنبينه فيما يلي - أجبر على التنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض على حسب الأحوال . والتنفيذ الجبري هو الذي يقابل عنصر المسؤولية (Haftung) في الالتزام .

ولا يصح الخلط بين التنفيذ الجبري والتنفيذ العيني واعتبارها شيئاً واحداً ، ذلك أن التنفيذ الجبري كما قد يوجه إلى تنفيذ الالتزام تنفيذاً جبرياً ، كذلك قد يوجه - بل إن هذا هو الذي يقع كثيراً - إلى تنفيذ الالتزام بطريق التعويض<sup>(١)</sup>

### ٣٨٣ - الضمان العام للدائنين : وجب جميع أموال المدين ضامنة

لالتزاماته ، وهذا ما يسمى بالضمان العام (gage commun) للدائنين . والدائنون متساوون قانوناً في هذا الضمان ، لا يتقدم أحد منهم على الآخرين ، إلا من غرضه

---

١ - إنجذاته كلما دعت الحاجة لذلك . ويمكن أن يشار بوجه عام إلى ما تضمن هذا الباب من مسائل . فقد استُبدل بأحكام تهديدية أقرت في سبيلها بعض فصوص للالتزامات الطبيعية ، ثم عرض بعد ذلك للالتزامات المدنية ففقد لها فضلاً ثلاثة : تناول في أولها التنفيذ العيني وما يتبعه من تنفيذ بالمراسات التهديدية . وعرض الثاني بالخصوص المتعلقة بالتنفيذ بمقابل وما يحصل به من أحكام الأضرار ، وتقدير التعويض تقديرًا قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً . ووقف ثالثها على ما يكتفل بحقوق الدائنين من وسائل التنفيذ ووسائل الضمان . ويراهي أن وسائل التنفيذ أو الاستفصال تنظم دعوى ثلاثاً تنفرض جميعاً على اعتبار القصة ضماناً عاماً للدائنين : وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البرلمانية ودعوى الصورية . أما وسائل الضمان فيشملها حق الحبس ، وقد بسطت أحكامه بسطاً يسويه إلى مرتبة الأصول العامة . وأخيراً اختصت فصوص هذا الفصل بالأحكام الخاصة بتنظيم الأضرار . ( مجموعة الأعمال الصحفية ٢ ص ١٩٤ - ص ١٩٥ ) .

(١) دى باج ٣قرة ٦٧ .

القانون ذلك بمقتضى حق خاص ، كرهن أو امتياز ، على مال معين للمدين ، وعندئذ لا يتقدم على سائر الدائنين إلا بالنسبة إلى هذا المال وحده .

وللمساواة ما بين الدائنين في التنفيذ على أموال المدين إنما هي مساواة قانونية ، لا مساواة فعلية . فالقانون يجعل لكل دائن الحق في التنفيذ على أموال مدينه ، فإذا بادر أحدهم إلى التنفيذ على مال للمدين ، كان لسائر الدائنين الحق في مشاركته في هذا التنفيذ ومقامته ماينتج منه مقاسمة الغرماء . ولكن إذا كانت هذه المشاركة جائزة قانوناً ، فقد تكون غير متيسرة فعلاً . ويرجع ذلك إلى أسباب كثيرة : فقد يكون الدائنون الآخرون غير عالمين بما يتخذ الدائن من إجراءات التنفيذ ، وإذا علموا فقد تكون إجراءات التنفيذ قد وصلت إلى مرحلة لا تسمح لهم بالمشاركة الفعلية ، وإذا كانت إجراءات التنفيذ لم تصل إلى هذه المرحلة فقد يعوزهم سند قابل للتنفيذ يستطيعون بمقتضاه المشاركة الفعلية ، إذ قد تكون حقوقهم غير خالية من النزاع ، أو هي خالية من النزاع ولكنها غير مستحقة الأداء ، أو هي مستحقة الأداء ولكنها غير مقرنة بسند رسمي أو حكم قابل للتنفيذ . تلك هي بعض وجوه انعدام المساواة بين الدائنين مع الناحية الفعلية ، وإن كانوا جميعاً متساوين من الناحية القانونية كما قدمنا .

والدائن ، قبل أن يتخذ الإجراءات التنفيذية ، قد يتخذ إجراءات تحفظية يكون الغرض منها المحافظة على أموال المدين حتى يتمكن من التنفيذ عليها .

وبين الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية توجد مرحلة وسطى من الإجراءات ، هي فوق الأولى ودون الثانية ، يمهدها الدائع إلى التنفيذ ولا يقتصر على مجرد المحافظة على أموال المدين . هذه الإجراءات التمهيدية هي الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية وحسب مال المدين وشهر إحصاره . وفي شهر إحصار للمدين - كما سنرى - ضمان أقوى للمساواة ما بين الدائنين ، وإن كان ذلك لا يبلغ مبلغ شهر الإفلاس ، فلا تزال إجراءات التنفيذ بعد شهر الإحصار إجراءات فردية لاجتماعية .

٣٨٤ - الموضوعات التي يتناولها هذا القسم من الكتاب : هذه هي الموضوعات التي يتناولها هذا القسم من الكتاب في آثار الالتزام : التنفيذ المعنى ،



ثم التنفيذ بطريق التعويض ، ثم القاعدة التي تنص بأن أموال المدير تشكل تنفيذ التزاماته وما تتضمنه هذه القاعدة من الإجراءات التمهيدية وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصة ودعوى الصورة والحق في الحبس والإعسار .

وقبل ذلك - وفي هذا التمهيد - نتكلم في الالتزام الطبيعي والالتزام المدني ، وهما يفرقان من حيث الجبر في التنفيذ ، فالالتزام الطبيعي لا جبر في تنفيذه ، وينفذ الالتزام المدني جبراً على المدين .

## (٢)

### الالتزام الطبيعي والالتزام المدني

٣٨٥ - المصرح القانوني : تنص المادة ١٩٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - ينفذ الالتزام جبراً على المدين .

٢ - ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه<sup>(١)</sup> .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق<sup>(٢)</sup> ، ولكن حكمه كان مطبقاً من غير نص .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٢ ، وفي تقنين المورجيات والنفوذ

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٧٤ ولفظة الأولى من المادة ٢٧٥ من المشروع التمهيدى حل لوجه الآتي : م ٢٧٤ - يجبر المدين على تنفيذ التزامه . م ٢٧٥ لفظة أول - ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً ، فإن المدين لا ينفذه إلا باعتباره . وفي لغة المراجعة أوسع التصان في نص واحد ، هو المادة ٢٠٥ من المشروع اللبناني ، حل لوجه الآتي : ١٥ - ينفذ الالتزام جبراً على المدين . ٢ - ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه . ووافق مجلس النواب على النص كما هو ، ثم وافق عليه مجلس القموج تحت رقم ١٩٩ ( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٤٩٦ - ص ٤٩٧ ) .

(٢) انظر مع ذلك المادة ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المدني السابق ، وسأذكرها .

(م ١٦ القوس - ٢٣)

القبلي المادة ٢<sup>(١)</sup> . ولم يرد في هذين المادتين العراقي نص مقابل ، ولكن ذلك لا يفيده ضرورة أن القانون المدني العراقي لا يعترف بالالتزام الطبيعي ، ففى المبادئ العامة وفي مبادئ الفقه الإسلامي<sup>(٢)</sup> . ما قد يستأخذ به من النص للاعتراف بالالتزام الطبيعي في هذا القانون<sup>(٣)</sup> .

٣٨٦ - مطلب الالتزام الطبيعي وتمييزه عن الالتزام المرنى :  
ويبين من النص المتقدم أن التفتين للمدى الجديد ، وهو في مستهل الكلام في آثار الالتزام ، محد إلى إبراز التميز ما بين الالتزام الطبيعي والالتزام للمدى ، فالأول لا جبر في تنفيذه<sup>(٤)</sup> ، أما الثاني فيجبر المدين فيه حل التنفيذ . وهذا التميز يرجع إلى أثر الالتزام من حيث جواز إجبار المدين على تنفيذ التزامه ، ومن ثم استطاع التفتين الجديد أن يجد مكاناً صالحاً للالتزام الطبيعي بين فيه حالاته . ويبسط أحكامه .

ولم يذكر التفتين للمدى السابق الالتزام الطبيعي إلا عرضاً ، وفي موطن ليس مظنة لوجوده فيه . فهو يشير إليه في مناسبة دفع غير المستحق ، ويقول في المادة ٢٠٨/١٤٧ : « إنما من أعطى باختياره شيئاً لآخر ، وفاء للمدين يعتقد ملزوميته به ولو لم يوجبه القانون ، لا يكون له استرداده » . وقد قصد بالدين الذى

---

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين للمدى السوري م ٢٠٠ (مطابقة لنص المادة ١٩٩ من التفتين للمدى المصرى) .

التفتين للمدى المنطقة الالهية المتحدة م ٢٠٢ (مطابقة لنص المادة ١٩٩ من التفتين للمدى المصرى) .

تفتين الموجهات والشروط القبلي م ٢ : الموجب للمدى هو الذى يصحح الدائن أن يوجب تنفيذه حل المدين ، والموجب الطبيعي هو واجب قانونى لا يمكن تطلب تنفيذه ، حل أن تنفيذه الاعهارى يكون له من الشأن والمقابل ما يكون لتنفيذ الموجب للمدى .  
(٢) ومبادئ الفقه الإسلامى مصدر من مصادر القانون المدني العراقى (أنظر للمادة الأولى من التفتين للمدى العراقى) .

(٣) وقد بحث الدكتور حسن حل القانون في كتابه «أحكام الالتزام في القانون المدني العراقى» بغداد سنة ١٩٥٤ (ص ١١٧ - ص ١٢٤) موضوع الالتزام الطبيعي حل النص المعروف في كتب الفقه العراقى ، ولم يبين مبلغ جواز الأخذ في القانون المدني العراقى بالأحكام التى يسلطها في ذلك .  
بد أن أخفى التفتين للمدى العراقى الإشارة إلى الالتزام الطبيعي .

(٤) استكتاب تنظيم ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٣٣٧ .

لا يوجب القانون ولكن المدين يعطد ملتزميته به الالتزام الطبيعي ، وبين حكم الوفاء بهذا الالتزام .

وكذلك فعل التقنين للمدني الفرنسي ، فقد ذكر الالتزام الطبيعي استطراداً في المادة ١٢٣٥ في صدد الكلام في الوفاء (paiement) على الوجه الآتي : ١٥ - كل وفاء يفترض وجود دين ، وما دفع دون استحقاق يجوز استرداده . ٢ - على أنه لا يجوز الاسترداد في الالتزامات الطبيعية إذا كان الوفاء بها قد تم اختياراً ، (١) .  
وقل في التقنيات ، حتى الحديثة منها ، ما يعرض للالتزام الطبيعي في أكثر من نص أو نصين (٢) .

أما التقنين المدني الجديد فقد أولى الالتزام الطبيعي ، في مناسبة التمييز بينه وبين الالتزام المدني ، شيئاً من العناية ، فعرض في نصوص أربعة إلى بيان حاله ووسط أحكامه (٣) . وبدأ ، كما قلنا ، بالتمييز بين الالتزام الطبيعي

(١) وهذا هو الأصل في نصوصه الفرنسي :

Art. 1235 : Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

(٢) انظر التقنين المدني الألماني المادة ٨١٤ - وتقنين الالتزامات السويسري م ٧٢ فقرة ٢ - والتقنين الأرجنتيني م ٥١٦ - ٥١٨ - والتقنين التشيلي م ١٤٧٠ و ١٤٧٢ و ١٦٣٠ . وكذلك فصل تقنين الموجبات والمقروء البتاني أحكام الالتزام الطبيعي في المواد من ٢ إلى ٨ .

(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في هذا الصدد ما يأتي : « اختصاص المشروع بالالتزامات الطبيعية بمواد أربع . ويراهي أن هذه الالتزامات تتميز عن غيرها ، بوجه خاص ، بما يكون لها من آثار . فبعض الالتزامات الطبيعية هي اجتماع ممكن ترتيب الأثر القانوني وفكرة انقضاء الجواز ، ولهذا كان قلب المقود لآثار الالتزام غير موضع لاحكامها . وبما يمكن من أمرها التوسع ، فليس ذلك في أنه يفضل وضعها في التقنين الحالي ( السابق ) ، حيث أصبحت كل الإجمال ، في معرض القواعد الخاصة ببلغ غير المستحق : انظر المادة ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المصري ( السابق ) . ولذا كان من غير الميسور بيان صور الالتزام الطبيعي على سبيل المصير ، فليس ثمة بد من أن يترك أمرها لتقدير القضاء ، ليقرر في أي الأحوال وبأي شروط يعتبر الواجب الأدبي يترتب به القانون . وليس يعد من سلطان القضاء في هذا الشأن إلا وجوب مراعاة النظام العام والآداب ، فلا يجوز له إقرار الالتزام الطبيعي بأي حال من كان خلافاً لها : انظر المادة ٣٠٦ فقرة ٢ من المشروع . ويحفظ من ذلك شأن ما يترتب على الالتزام الطبيعي من آثار ، لأن الميسور تحديدها تحديداً تقريبياً ، ولا سيما أنها جارية فلية . -

والالتزام المدني ، قابل فيما بينهما من ناحية الجبر على التنفيذ<sup>(١)</sup> . ونحن نتابعه في ذلك ، ونتناول بالكلام من هذه الناحية الالتزام الطبيعي ثم الالتزام المدني .

## ١ - الالتزام الطبيعي

(Obligation naturelle)

### ٣٨٧ - التزام الطبيعي وسط في المرتبة بين الالتزام المدني

والواجب **الوحي** : الالتزام الطبيعي واجب أدبي يدخل في منطقة القانون ، فيعترف به القانون إلى مدى معين . وهذا المبدأ الذي يقف عنده القانون في الاعتراف بالالتزام الطبيعي هو التنفيذ الاختياري : لا يجبر المدين في الالتزام الطبيعي على التنفيذ القهري ، ولكن التنفيذ الاختياري معتبر . فإذا قام المدين بتنفيذ التزامه طوعاً وهو على بينة من أمره ، أى إذا كان يعلم أن القانون لا يجبره على التنفيذ ولكته مع ذلك يؤدي إلى الدائن ما يحس أن ضميره يلزمه بأدائه ، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفعه تنفيلاً لهذا الالتزام الطبيعي ، إذ أن ما دفعه ليس هبة (libéralité) يجوز له الرجوع فيها ، بل هو وفاء (paiement) لا التزام

ومن المأثور أن الالتزام الطبيعي في القانون المحدث يفرق عن صنوه عند الرومان بأنه أكثر سوراً في نطاق التطبيق ، وأقل إنتاجاً في نطاق الآثار ، وهو بهذا يعرض في ناحية ما يفرضه في الناحية الأخرى . وتقتصر هذه الآثار في أمرين لا أكثر : أولهما أن أداء المدين اختياراً لما يجب عليه يقتضي التزام طبيعي يكون له حكم الوفاء ولا يعتبر تبرعاً بالمادة ٢٠٧ من المشروع . والثاني أن هذا الالتزام يصلح سبباً لالتزام مدني . ولهما هذا طبعين الأثرين لا ترتب الالتزام الطبيعي أى أثر آخر ، فلا يجوز على وجه الخصوص أن يقاس في التزام مدني أو أن يشكل كغاية شخصية أو هدية (مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ ص ٤٩٥ - ص ٤٩٦) .

(٧) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ ص ٤٩٧) .  
 هـ مراجع : بنكاز طلق برودي جزء عاشر - ديموج جزء أول - ديير في القواعد الخلقية

فقرة ١٨٦ وما بعدها - بلانويل (مقال له في المجلة الاستاذية سنة ١٩١٣) - بيو (Perron) (مقال له في مجلة القانون المدني للتصلي سنة ١٩١٣) - بارو (Barraud) رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ . أبونسكو (Fonaco) رسالة من باريس سنة ١٩١٢ - سيلج (Blodfort) رسالة من باريس سنة ١٩١٥ - برو (Barrou) رسالة من كان سنة ١٩١٥ - سالتييه (Savater) رساله من براتيه سنة ١٩١٦ - سترييه (Coudrier) رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ .

في فمه . وهذا كله بخلاف الالتزام المدني ، فان هذا الالتزام لا يقتصر الأمر فيه على أن المدين إذا وفاه لا يستطيع أن يسرده ، بل أيضاً إذا هو لم يوفه أجبر على الوفاء .

وإذا رجعنا إلى ما قلناه في الجزء الأول من هذا الكتاب<sup>(١)</sup> من أن الالتزام المدني يشتمل على عنصرين ، « عنصر المديونية (devoir, Schuld) ، وعنصر المسؤولية (engagement, Haftung) » ، رأينا أن الالتزام الطبيعي لا يحتوي من هذين العنصرين إلا على العنصر الأول وحده ، وهو عنصر المديونية . فالمدين بالتزام طبيعي مدني ، لا في حكم الضمير فحسب ، بل أيضاً في حكم القانون ، ومن هنا إذا وفي الدين لم يستطع استرداده ، فهذا هو عنصر المديونية قد توافر فيه . ولكن المدين لا يجبر على الوفاء إذا لم يرد ذلك عن بيته واختيار ، فهذا هو عنصر المسؤولية قد انفصل عنه .

ورى من ذلك أن الالتزام الطبيعي هو واجب أدبي ارتفعت منزلته في نظر القانون حتى قارب أن يكون التزاماً مدنياً . فهو وسط ما بين المرتبتين : مما عن أن يكون مجرد التزام أدبي (devoir moral) ، ولم يبلغ أن يصير التزاماً مدنياً (obligation civile) . فهو التزام طبيعي (obligation naturelle) ، يترف به القانون فيرتفع به عن الواجب الأدنى ، ولا يرتب عليه إلا بعض الآثار فينزل به دون الالتزام المدني .

ومن ثم يقف الالتزام الطبيعي في الحد الفاصل ما بين الأخلاق والقانون . والتسليم بوجوده اعتراف من القانون ببعض الواجبات التي تمثلها الأخلاق والآداب . وإذا كان النظام العام باباً تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية فتؤثر في القانون وروابطه ، فهذا هو الالتزام الطبيعي باب آخر تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية إلى القانون . والقاضي هو الذي يحدد الالتزامات الطبيعية ، كما هو الذي يحدد النظام العام ، مسترشداً في ذلك بأدب الجليل من ناحية المجموع ، وبواجب الضمير من ناحية الفرد . فاذا وقف أمام واجب أدبي لم يبلغ أن يكون التزاماً مدنياً ، ولكنه قدر أنه التزام تعمه أخلاق البيئة ورفض به ضمير الفرد ، أقره التزاماً طبيعياً ، ورتب عليه أثره .

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٩ ص ١٠٨ هامش رقم ١ .

فلو أن فقيراً أخذ شيئاً من الغرق ، التزم المرى نحو الفقير : (أولاً) بما تجشمه الفقير من خسارة في إنقاذه وذلك بدعوى التضاللة ، وهذا هو التزام مدنى - (ثانياً) وبإجازة الفقير على إنقاذه ، وهذا هو التزام طبيعى - (ثالثاً) وبالإحسان إلى هذا الفقير من حيث هو فقير ، وذلك حتى لو لم يكن هو الذى أنقذه ، وهذا هو واجب أدبى<sup>(١)</sup> .

ونتكلم الآن فى الحالات التى يقوم فيها الالتزام الطبيعى وفى الآثار التى ترتب عليه .

### ١ - الحالات التى يقوم فيها الالتزام الطبيعى

٣٨٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« بقدر القاضى ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعى . وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى بخالف النظام العام »<sup>(٢)</sup> .  
ولامقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن حكمه كان مطبقاً من غير نص .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٢٠١ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٢٠٣ ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبناني

---

(١) انظر فى كل هذا الموجز المؤلف بفرقة ٤٥٧ - وانظر أيضاً : استئناف مخطط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٢٢٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٧٥ من المشروع النهيى على الوجه الآتى : « ويقرر القاضى ، عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الأدبى التزاماً طبيعياً . وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى بخالف النظام العام » . وفى لجنة المراجعة جعلت هذه الفقرة مادة مستقلة مع تحويل فى اللفظ جعلها مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين الجديد ، وأصبح رقمها ٢٠٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٠ ( بمجموعة الأعمال التصحيحية ٢ ص ٤٩٨ - ص ٤٩٩ ) .

المادة ٣ (١) . ولا مقابل للنص في التفتين المدني العراقي .

### ٣٨٩ - سلطة التقرير للقاضي - رقابة محكمة النقض : وتبين

من هذا النص أن البت فيها إذا كان واجب أدبي قد ارتقى إلى منزلة الالتزام الطبيعي أمر متروك تقديره إلى القاضي ، هذا ما لم يوجد نص تشريعي يقضي في حالة معينة أن هناك التزاماً طبيعياً ، فيجب إعمال النص (٢) . مثل ذلك ما ورد في الفقرة الأولى من المادة ٣٨٩ من أنه « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي » .

والقاضي ، وهو يحدد الالتزامات الطبيعية في الحالات التي تفرض له ، يبت في مسألة قانون يخضع فيها لرقابة محكمة النقض ، ومسألة واقع لا يخضع فيها لهذه الرقابة .

أما مسألة القانون فهي لتحديد العناصر التي يتكون منها الالتزام الطبيعي ، وتكييف الوقائع الثابتة عنده تكييفاً قانونياً ، ومطابقة ما يجب توافره من العناصر على ما ثبت عنده من الوقائع كيفية التكييف القانوني الصحيح . وهو في تحديده لعناصر الالتزام الطبيعي أقرب إلى المشرع منه إلى القاضي ، إذ قد فوض له المشرع أن يقدر ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعي . ويستأنس في عمله بما استقر في القضاء والفقه ، مستمداً تقديره من روح التشريع والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العادلة ، لا باعتبارها مصادره مباشرة يجب

---

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٢٠١ ( مطابقة لنص المادة ٢٠٠ من التفتين المدني المصري ) .

التفتين المدني لمملكة ليبيا المتحدة م ٢٠٣ : يقدر القاضي ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعي يقوم على أساس واجب أدبي أو اجتماعي . وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي بخلاف النظام العام . ( ولا فرق في الحكم ما بين هذا النص ونص التفتين المصري ) .

تفتين الموجبات والنفود البناني م ٣ : لقاضي ، عند انتفاء النص ، أن يفصل فيما إذا كان الواجب المعنوي يتكون من موجب طبيعي أو لا . ولا يمكن أن يكون الموجب الطبيعي مخالفاً لقاعدة من قواعد الحق العام ( ولا فرق أيضاً في الحكم ما بين هذا النص ونص التفتين المصري ) .

(٢) فالقاضي يأتي وراء المشرع في تحديد الالتزامات الطبيعية ، فإذا ملوَّق المشرع قام القاضي بدوره ( انظر جوسران ٢ فقرة ٧١٨ ) .

الرجوع إليها عند اتهام النص ، بل باعتبارها المصادر الطبيعية التي يسترشد بها القاضى مع وجود النص الذى يكل إليه أمر التقدير . ومن ثم فلا يرتبط فى شأنها بترتيب خاص كما كان يرتبط لو أن هذه كانت هى المصادر المباشرة التى يستخلص منها الحلول القانونية وفقاً للمادة الأولى من التقنين المدنى .

أما مسألة الواقع التى يبت فيها القاضى دون تعقيب عليه من محكمة النقض فهى تحصيل الوقائع الثابتة مما يقدم له من الأوراق والمستندات وغير ذلك من الأدلة<sup>(١)</sup>.

ونظر الآن كيف يستطيع القاضى أن يحدد العناصر التى يتكون منها الالتزام الطبيعى ، مهيئ لبيان ذلك بالعودة إلى الأصل التاريخى لهذا النوع من الالتزام ، ومستعرضين النظريتين التقليدية والحديثة فى هذا الشأن ، ثم معقبين بذكر بعض الحالات المعروفة للالتزام الطبيعى بمد أن تكون قد حددنا العناصر التى يتكون منها.

٣٩٠ - **الأصل التاريخى لالتزام الطبيعى** : يصعد الالتزام الطبيعى فى أصله إلى القانون الرومانى . وكان الرومان يعترفون بعدد كبير من الالتزامات الطبيعية ، ويعملون للالتزام الطبيعى آثاراً بعيدة المدى . أما القانون الحديث فهو يعترف أيضاً بعدد كبير من الالتزامات الطبيعية<sup>(٢)</sup> ، ولكن يرتب على الالتزام الطبيعى آثاراً أقل مما كان يرتبه القانون الرومانى<sup>(٣)</sup> .

والالتزام الطبيعى فى القانون الرومانى كان نتيجة مباشرة لما يحويه هذا القانون من أوضاع ورسوم وأشكال ومن نظم خاصة كنظام الرق ونظام السلطة الأبوية . فكان هناك التزام طبيعى حيث يحتل الشكل المطلوب ، وحيث توجد علاقة تبعية بين الدائن والمدين بأن يكون هذا ابناً لذلك أو عبداً له ، وحيث يكون المدين ناقص

(١) بلاطول وديير وردوان ٧ فقرة ٩٨٤ - قارن دى باج ٣ فقرة ٦٢ ص ٧٢ .  
(٢) وليس هذا العدد يثل ما كان فى القانون الرومانى ، بل لعله أكبر . ذلك أنه إذا كان كثير من الالتزامات التى كان القانون الرومانى يعتبرها التزامات طبيعية ، عن طريق اختلال الشكل أو عن طريق تنظيم الرومانية الخاصة كنظام الرق ونظام السلطة الأبوية ، قد أصبحت الآن التزامات مدنية ، فقد نجت من جهة أخرى التزامات طبيعية كثيرة أصبحت فى القانون الحديث من طريق تسرب العوامل الخلقية والأدبية والاجتماعية إلى خلق القانون .  
(٣) كولا ، كاهان ومورانديو ٢ فقرة ٤٩٠ .



الأهلية . ففي هذه الحالات وغيرها تأتي الأوضاع الرومانية أن يقوم الالتزام المدنى ، فيقوم بدلا منه التزام طبيعى ترتب عليه بعض آثار الالتزام المدنى ، وهى آثار أبعد مدنى مما يقره القانون الحديث . فكانت فكرة الالتزام الطبيعى من بين الوسائل التى تخفف بها القانون الرومانى من الشكليات المفرقة التى كانت تحيط به ، ومن الأبواب التى انفتحت لإدخال بعض عناصر المرونة فيها جمد من قواعد هذا القانون .

وفى القانون الفرنسى القديم توسع القانون الكنسى توسعاً كبيراً فى الالتزامات الطبيعية ، فجعلها تمتد إلى كل التزام بوجبه الضمير ، وكادت منطقة الالتزام الطبيعى تكون هى عين منطقة الواجب الأدبى . ولكن دوما (Domat) تبنى فكرة الالتزام الطبيعى عن القانون الرومانى ، فجعله محصوراً فى التزام المدين ناقص الأهلية بعد أن زالت الأشكال والأوضاع الرومانية . أما بوتيه (Pothier) فعلى النقيض من دوما نقل فكرة القانون الكنسى ، وعارض بها فكرة القانون الرومانى<sup>(١)</sup> . فعنده أن الالتزام الطبيعى هو ما يلتزم به الإنسان أمام الضمير (qui oblige dans le for de la conscience) ، أما الالتزام للمدنى فهو ما يلتزم به أمام العالم الخارجى (qui oblige dans le for extérieur) . على أن بوتيه كان يميز تمييزاً واضحاً بين الالتزام الطبيعى والواجب الأدبى<sup>(٢)</sup>

### ٣٩١ - النظرية التقليدية فى الالتزام الطبيعى - الالتزام

المدنى المفضل : قامت النظرية التقليدية فى الالتزام الطبيعى فى القانون الحديث على الفكرة الرومانية الضيقة ، لا على فكرة القانون الكنسى الواسعة . فالالتزام الطبيعى يربط ارتباطاً وثيقاً بالالتزام المدنى ، ويصعد كثيراً عن الواجب الأدبى . فهو فى الأصل التزام مدنى حافه مانع قانونى عن أن يرتب آثاره . ولهذا المانع قد يوجد منذ البداية عند نشأة الالتزام ، كأن يكون العقد قابلاً للإبطال لنقص الأهلية . وقد يكون المانع جد بعد نشأة الالتزام وبعد أن تولدت آثاره ، كما

(١) بوتيه فى الالتزاماتقرة ١٩٦ .

(٢) بوميه وبنارد ٢ قرة ١٦٥٤ ص ٧١٢ .

يقع ذلك في التضام أو في الصلح مع القلس (concordat) ، فيخفى الالتزام المدعى ويختلف عنه التزام طبيعي .

وهذه النظرية التقليدية ، كما نرى ، تجعل الالتزام الطبيعي نوعاً من الالتزام المدني ، فهو التزام مدني متحلل (obligation civile dégénérée) ، عاقبة مانع قانوني عن أن يولد آثاره كاملة .

والذي وجه النظرية التقليدية هذا التوجيه عاملان : (١) تقاليد القانون الروماني التي سبق ذكرها ، وقد نقلت عن دوما كما أسلفنا القول . (٢) الرغبة في فصل منطقة القانون عن منطقة الآداب والأخلاق ، فلا يكون الالتزام الطبيعي واجباً أدبياً اعترف به القانون ولو إلى مدى محدود ، ولا يكون جسراً يصل ما بين منطقتي القانون والآداب ، بل يكون التزاماً مدنياً منذ الأصل لم يبرح منطقة الالتزامات المدنية ، فتبقى هذه المنطقة منفصلة انفصال تاماً عن منطقة الآداب والأخلاق . وظن أنصار النظرية التقليدية أن هذا الوضع من شأنه أن يضبط حالات الالتزام الطبيعي ضبطاً دقيقاً ، فلا يكون هناك مجال للتحكم ، ما دام الالتزام الطبيعي لا يعدو أن يكون التزاماً مدنياً أصابه هذا التحلل بسبب مانع قانوني .

وعجب هذه النظرية التقليدية واضح . فهي تحاول محاولة فاشلة أن تفصل ما بين منطقتي القانون والآداب فصلاً تاماً ، فتعطل في سبيل هذا الفصل المميز الأول للالتزام الطبيعي . ذلك أن الالتزام الطبيعي ليس إلا مظهراً لاعتراف القانون بالواجبات الأدبية ، فيرقبها في بعض الحالات إلى حد أن يرتب عليها آثاراً قانونية ، فيدخلها بملك في حظيرة القانون . فالالتزام الطبيعي إذن هو واجب أدبي اعترف به القانون ، قبل أن يكون التزاماً مدنياً متحلاً . بل قد لا يكون بتاتاً التزاماً مدنياً متحلاً ، وينشأ منذ البداية واجباً أدبياً معترف به القانون ويدخله في منطقتة . وهذا ما تكفلت ببيانه النظرية الحديثة ، فننتقل الآن إليها .

٣٩٢- النظرية الحديثة في الالتزام الطبيعي - الواجب الأدبي :

تركزت النظرية الحديثة النظرة الرومانية الضيقة للالتزام الطبيعي باعتباره التزاماً

مدنياً متحلاً ، إلى النظرة الواسعة التي اعتنقها القانون الكنسي وقال بها بوتييه .  
فاعتبرت الالتزام الطبيعي واجباً أدبياً (devoir moral) ارتقى به القانون ،  
فاعترف له ببعض الآثار ، سواء كان واجباً أدبياً منذ بدايته ، و نشأ التزاماً  
مدنياً ثم عاقه مانع قانوني عن أن يولد جميع آثاره .

فلا تلتزم إذن بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني كما تزعم النظرية التقليدية .  
بل إن الالتزام الطبيعي هو الذي يصل ما بين منطقتي القانون والآداب ، إذ هو  
النقطة المشتركة في المنطقتين ، فهو في منطقة الآداب من حيث هو واجب أدبي ،  
وهو في منطقة القانون من حيث أنه يولد بعض الآثار القانونية . وما دام في  
مرتبة وسطى بين الالتزام المدني والواجب الأدبي ، فهو إما أن يكون التزاماً  
مدنياً زل عن مرتبته بزوال عنصر المسئولية مع بقاء عنصر المديونية ، وإما أن  
يكون واجباً أدبياً ارتفع عن مرتبته بقيام عنصر المديونية فيه دون عنصر المسئولية .  
وفي الحالتين يكون الالتزام الطبيعي مشتملاً على عنصر المديونية دون عنصر  
المسئولية .

ويخلص من ذلك أن النظرية الحديثة تنظر إلى الالتزام الطبيعي باعتبار أنه  
واجب أدبي تفرضه الأخلاق أولاً ، ثم يتدخل فيه القانون بقدر محدود ، فيعترف  
به مديونية لا مسئولية ، ويسلم فيه بالتنفيذ الاختياري دون التنفيذ الجبري .  
وهذا الاعتبار يصدق سواء كان الالتزام الطبيعي واجباً أدبياً منذ البداية ،  
أو نشأ التزاماً مدنياً ولم تترتب آثاره لمانع قانوني فاستحال واجباً أدبياً يرتب  
عليه القانون بعض الآثار (١) .

(١) وإلى هذه النظرية المعينة بشهر الحكم الآتي من محكمة الاستئناف المخططة : قصدت  
المادة ٢٠٨ ، بأحلامها لفظ الواجب ، محل عبارة الالتزام الطبيعي الواردة في المادة ١٢٣٥  
من القانون المدني الفرنسي ، أن تتوسع في فكرة الالتزام الطبيعي ، فتجعلها أكثر اتساقاً مع حالة  
من الحضارة التزمت مستوى عالياً في فهم قوانين الشرف (honneur) ودقة السلوك (délicatesse) .  
فيوجد الالتزام الطبيعي في جميع الأحوال التي يلتزم فيها شخص نحو آخر ، مدفوعاً في ذلك ،  
لا نصب بوازع من القسير (conscience) أو بوازع من الشرف (honneur) ، بل أيضاً  
بوازع من دقة السلوك (délicatesse) (استئناف مخطط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١) .

ولقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « تعرض الفقرة  
الثالثة من هذه المادة لصور الالتزام الطبيعي ، فكل أمر الفصل فيها إلى تقدير القاضي ، لتصرف =

### ٣٩٣ - عناصر الالتزام الطبيعي : ويمكن القول ، استخلاصاً

من النظرية الحديثة على النحو الذي قدمناه ، ومن الرجوع إلى نص التقنين المدني الذي سبق إقراره ، إن للالتزام الطبيعي عناصر ثلاثة :

( العنصر الأول ) واجب أدبي يتميز في نطاق محدد بحيث يكون قابلاً للتنفيذ .

« الإحاطة بها حل سبيل الحصر . والمخو أن أحكام القضاء حافلة بنسروب من الواجبات الأدبية أزلت منزلة الالتزامات الطبيعية . حل أن الفقه يقسم تطبيقات الالتزام الطبيعي تقسيماً سهلاً المأخذ ، فيردها إلى طائفتين : تنظم أولاهما ما يكون أثراً تخلف من التزام مدني تناسخ حكمه ، كما هو شأن الدين التي تسقط بالتقادم أو تنقضي بصلح المفسس مع دائنيه أو يقضي بطلان لعدم توافر الأطلية . ويدخل في الثانية ما ينشأ واجباً أدبياً من الأصل ، كالتبرعات التي لا تستوعب فيها شروط الشكل ( الصحيح أن تنفيذ هذه التبرعات إنما هو إجازة لها وليس تنفيذاً للالتزام طبيعى كما سئى ) ، والالتزام الشخص بالإنفاق حل ذوى القربى من لا تلزمه نفقتهم قانوناً ، والالتزام بإجازة شخص حل خدمة أداها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٨ - ص ٤٩٩ ) .

هذا وينصب دى بلج إلى أن الالتزام الطبيعي لا وجود له . فهو قبل تنفيذ أو الاعتراف به سبباً لالتزام مدني ، لا يمكن أن يكون له أثر قانوني ، فليس له وجود . وهو بعد تنفيذ أو الاعتراف به سبباً لالتزام مدني ، يكون قد حل محله التزام مدني ، فلم يعد له وجود . فلا يوجد إذن التزام طبيعي بهذا الوصف في أية مرحلة من المرحلتين ( دى بلج ٣ ص ٦٤ - ص ٦٦ ) . وهذا النظر يغفل أن من الواجبات الأدبية ما يمكن أن يصبح التزاماً مدنياً بتنفيذه أو بالاعتراف به سبباً لالتزام مدني ، ومنها ما لا يصلح لذلك . فالأولى ، دون الثانية ، هي التي تسمى بالالتزامات الطبيعية . والواقع من الأمر أن الالتزام الطبيعي قبل تنفيذه أو الاعتراف به سبباً لالتزام مدني له وجود قانوني محقق ، إذ هو في هذه المرحلة الأولى التزام قابل للتنفيذ الاختياري وقابل لأن يكون سبباً لالتزام مدني ، وهذا كاف في ثبوت وجوده القانوني .

وينصب بودوى وبارد (جزء ٢ فقرة ١٦٦٨ وما بعدها) مذهباً ضيقاً في الالتزام الطبيعي، فيحصره في حالات قليلة هي أقرب إلى النظرية التقليدية .

ويصف بارتان ( في تليفاته عل أوبرى ورو ) ويرى القوف موقفاً مستدلاً ما بين النظرية التقليدية التي تقضي في حالات الالتزام الطبيعي تنفيذاً شديداً والنظرية الحديثة التي توسع في هذه الحالات توسعاً مفرطاً ، وهو عين الموقف المعتدل الذي وقفه أوبرى ورو من هذه المسألة (أوبرى ورو ، ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٧ وحاشى رقم ٢٦ مكرر ) . حل أنه يبدو أن أوبرى ورو وسعا في حالات الالتزام الطبيعي دون أن يصرحاً بوجود التزام طبيعي قائم ، واكتفياً بالقول إن الاسترداد لا يجوز في هذه الحالات ، وأن ما لا يسترد الوفاء به ليس من الضروري أن يكون التزاماً مدنياً أو التزاماً طبيعياً ( أوبرى ورو ، ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٨ - ص ٢١ وحاشى رقم ٢٨ ) .

أما بلانويول ( انظر مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٩١٣ ص ١٥٧ وما بعدها ) فيرى أن هناك تقارباً مستمراً ما بين الالتزام الطبيعي والواجب الأدبي ، فيتوسع في نظره إلى الالتزام

فيخرج بذلك من دائرة الإجماع والتمسوخ التي تغمر عادة منطقة الواجبات الأدبية إلى دائرة التحديد والوضوح التي تميز منطقة الالتزامات المدنية . وهذا الواجب الأدبي إما أن يكون في أصله التزاماً مدنياً ثم انقلب التزاماً طبيعياً لسبب قانوني منع من أن يترتب عليه كل آثاره ، أو أن يكون منذ البداية واجباً أدبياً أصبح التزاماً طبيعياً لتوفره على العناصر الثلاثة لهذا الالتزام .

وهذا المنصر الأول هو المنصر للمادى . وفيه يسترشد القاضى بأدب الجليل من ناحية القابلية للتنفيذ في العمل .

( المنصر الثاني ) إحساس المدين أن في فمه التزاماً طبيعياً . وليس من الضروري أن يكون هذا الإحساس قائماً فعلاً عند المدين بالذات ، بل يكفي أن يكون من الواجب أن يقوم ، وأن يدخل في الاختيار للألوف عند التسلسل أن مثل هذا الواجب مما ينبغي أمام التفسير أن يؤدي . وزى من ذلك أن المعيار في المنصر الثاني موضوعي لا ذاتي ، والعبرة فيه ليست بما يحسن للمدين فعلاً ، بل بما ينبغي أن يحسن ، يوحى الجماعة أو وحي الفرد المجرى ، لا يوحى للمدين بالذات . وفي هذا ضبط للالتزام الطبيعي يستقر عنده التعامل .

وهذا المنصر الثاني هو المنصر المعنوي . وفيه يسترشد القاضى بواجب التفسير من ناحية وهي الجماعة .

( المنصر الثالث ) عدم التعارض مع النظام العام . وتقول البشارة الأعيرة من المادة ٢٠٠ من التقنين المدني في هذا الصدد أنه وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام . ونألي بأمثلة على ذلك :

(١) إذا اتفق المتعاقدان على سعر للقوائد يزيد على ٧/١ ، ودفع للمدين للقائد هذه القوائد وهو يحس أنه يقوم بتمهده ، فإن مادفعه من القوائد زاداً على ٧/١ لا يجوز مع ذلك أن يكون التزاماً طبيعياً ، إذ هو : عارض مع النظام العام ،

---

= الطبيعي ، وهو من موسى النظرية الحديثة . كذلك بعد كولان وكايجان (جزء ٢ فقرة ١٦٧) وروبير (القاعدة الأدبية في الالتزامات المدنية فقرة ١٨٦ وما بعدها) وبلاجيل وروبير وبولانيه (جزء ٢ فقرة ١٣٢٤) وجوسران (جزء ٢ فقرة ٧١٧) من أقوى أنصار النظرية الحديثة . ويلاحظ أن قواعد الآداب والأخلاق تنسحب إلى القاتون من جملة أبواب : أسعفا فكرة النظام العام والآداب ، والثاني فكرة المصنف في استعمال الحق ، والثالث فكرة الالتزام الطبيعي .

ويكون للمدين الحق في استرداد ما دفع من ذلك . وهذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ من التقنين المدني إذ تقول في العبارة الأخيرة منها : « فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى  $\frac{1}{7}$  » ، ويتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر<sup>(١)</sup> .

(٢) إذا خسر المدين في مقامرة أو رهان ، وولى ما خسره محاسباً أنه إنما يولى ديناً واجباً في ضمته ، فإن هذه الحسارة لا يجوز أن تكون التزاماً طبيعياً ، إذ أن دين القمار أو الرهان يتعارض مع النظام العام ، وإذا ولاه المدين جاز له استرداده . وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة ٧٣٩ من التقنين المدني إذ تقول : « ولن يخرس في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ، ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق<sup>(٢)</sup> » .

(١) وهذا هو أيضاً حكم القانون الفرنسي (أوبري دور ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٦ — يبدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٨٥ — كولان وكايتان ومورانديور ٢ فقرة ٤٦٤ ص ٢٢٩) . أما إذا دفع المدين فوائد لا تزيد على السعر الذي يقرره القانون ، ولكن دون سابق اتفاق على دفع هذه الفوائد ، فإن المادة ١٩٠٦ من التقنين المدني الفرنسي تنص صراحة على أن المدين لا يستطيع أن يسترد ما دفعه من الفوائد ، فيكون دفع الفوائد في هذه الحالة وفاء للالتزام الطبيعي . انظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مخطوط ١٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ٩ ص ٦٠ .

(٢) أما التقنين المدني الفرنسي (م ١٩٦٧) فيقتضى ، على التقيض من ذلك ، بأن من خسر في القمار ، ودفع ما خسره عن طوعية وإختيار ، لا يستطيع أن يسترد ما دفعه . ويقول الفقهاء الفرنسيون إن هذا النص لا يحمل من دين القمار التزاماً طبيعياً ، فإن هذا الدين لا يملغ سبباً لالتزام مدني . وإذا كان لا يجوز استرداده بعد دفعه ، فذلك لأن القانون أراد — إشاراً بفته القمار وإسمائاً في كراهيته — أن يتجاهله تماماً ، فلا يسمح بدفعه ، ولا يسمح باسترداده إذا دفع ، تطبيقاً لقاعدة المرونة : لا يجوز لأحد أن يبيع بفش صدر من جانبه *Nemo* *auditor turpitudinum suam allegans* (بلانول وديور وبولانجي ٢ فقرة ١٣٣٥ — جوسبران ٢ فقرة ٧١٤ ص ٢٨٩) . ويقتضى بعض الفقهاء على هذا التفسير أن المشرع زاد دين القمار قوة من حيث أرائاناً يزيده ضعفاً ، فانعكس عليه الفرض (يبدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٨٩) . قارن مع ذلك أوبري دور ويستبران دين القمار مشروحاً في ذاته ، ولكن ونفس المشرع أن يجعل تنفيذه جبراً عن طريق الدعوى لأسباب اجتماعية (جزء رابع فقرة ٢٩٧ ص ١٠ — ص ١١) ، ويذهب إلى أن عدم إمكان تحويل دين القمار إلى دين مدني إنما هو استثناء من قاعدة إمكان تحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني (ص ١٤) . انظر أيضاً في أن دين القمار التزام طبيعي : كولان وكايتان ومورانديور ٢ فقرة ٤٦٤ ص ٢٢٨ — ٢٢٩ =

(٣) إذا عقد شخص مع آخر اتفاقاً مخالفاً للنظام العام أو للأداب ، كما لو اتفاقاً على رشوة ، ودفعها المدين للدائن وهو يحس أنه يقوم بتمهده ، فإن هذا لا يكون التزاماً طبيعياً لتعارضه مع النظام العام . وفي رأينا أنه يجوز للراعي أن يسترد الرشوة من المرشو . وقد سبق أن فصلنا هذه المسألة في الجزء الأول من هذا الكتاب (١) .

وهذا المنصر الثالث هو عنصر المشروعية . وفيه يسترد القاضي بالأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام (٢) .

**٣٩٤ - بعض حالات الالتزام الطبيعي :** بعد أن استعرضنا النظريتين التقليدية والحديثة في الالتزام ، وحددنا عناصر هذا الالتزام ، نورد تطبيقاً لما قدمناه جملة من الحالات الكثيرة الوقوع التي يقوم فيها الالتزام الطبيعي .

— وفي مصر — قبل التقنين المدف الجديد الذي اشتمل على نص صريح في جواز استرداد دين القمار على ماربانيا — كان العمل جارياً في الغالب على حكم القانون الفرنسي الذي قلّمناه ، فكان دين القمار لا يسترد باعتباره أنه من ديون الشرف (dettes d'honneur) (استئناف غخط ٦ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٧٩ — أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٠ — الموسك ٢٦ فبراير سنة ١٩٣١ مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ١٢٥ ص ١٤) . وقد قضت محكمة النقض بجواز الاسترداد لعدم المشروعية (١٤ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٧٩٣) . انظر أيضاً : واليون ١ ص ٢٨ — ص ٣٢ — الموجز لمؤلف فقرة ٤٦٠ ص ٤٦٦ — ص ٤٦٧ .

وفي لبنان عهد دين المقامرة أو المراهنة التزاماً طبيعياً ، لأنه وإن كان لا يخول الرابع حتى المدعاة بشأنه ، لكنه لا يميز الخاسر استرداد ماله من اعتباره (مذكرات صبي المحامي في آثار الالتزام في القانون زنبلي البتاني ص ٧٥) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣٣٨ .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهدي ، في خصوص العناصر الثلاثة للالتزام الطبيعي ، ما يأتي : « فويتعين على القاضي عند الفصل في أمر الالتزامات الطبيعية أن يتحقق أولاً من تمام واجب أدبي ، وأن يكتب بعد ذلك من أن هذا الواجب يرقى في وصي الفرد أو في وصي الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعي ، وأن يستوفى في النهاية من أن إقراره على هذا الوجه لا يتعارض مع النظام العام . هذا وقد تشير بعض التفسيرات إلى تطبيقات من تطبيقات الالتزام الطبيعي ، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٢٣ من المشروع إذ قضت بأن الدين الذي يتفق بالتضام يختلف مع التزام طبيعي ( مجموعة الأعمال التطبيقية ٢ ص ٤٩٩ ) .

ونقسم هذه الحالات إلى طائفتين : (١) التزامات بدأت مدنية ثم انقلبت طبيعية ، وهي وحدها الالتزامات الطبيعية التي تقرها النظرية التقليدية .  
(٢) التزامات بدأت أدبية ثم أصبحت طبيعية ، وهذه الطائفة تضيفها النظرية الحديثة إلى الطائفة الأولى التي تقرها النظرية التقليدية .

٣٩٥ - اشتراطات برأت صريحة ثم انقلبت طبيعية : هذه التزامات نشأت في الأصل التزامات مدنية ، وعاقها مانع قانوني عن أن ترتب آثارها كما قلنا ، فتحلقت عنها التزامات طبيعية<sup>(١)</sup> . ومن هذه ما قام المانع القانوني فيه منذ نشأته . ومنها ما نشأ التزاماً مدنياً صحيحاً وولد آثاره ، ثم قام المانع القانوني بعد ذلك ، فانقضى التزاماً مدنياً ليصبح التزاماً طبيعياً .

ومن أمثلة النوع الأول العقد القابل للإبطال لنقص في الأهلية<sup>(٢)</sup> . فإذا تعاقد القاصر ولم يلحق العقد الأجازة ، كان له أن يطلب إبطال العقد فيقلب التزامه المدني التزاماً طبيعياً ، إذا أداه عالماً مختاراً لم يستطع أن يسترده<sup>(٣)</sup> . ويذكر عادة ، كتل آخر للنوع الأول عقد الحبة الباطل لعدم استيفاء الشكل ، فقد نصت المادة ٤٨٩ من التقنين المدني على أنه « إذا قام الواهب أو ورثته

---

(١) ويلاحظ أن هذه الطائفة من الالتزامات تقوم هي أيضاً على اعتبارات أدبية ، ولا تقل في هذه الناحية من الطائفة الثانية .

(٢) أما العقد القابل للإبطال لئيب من صوب الإرادة - غلط أو تدليس أو إكراه - فلا يختلف من إبطاله التزام طبيعي ، لما لحق الإرادة من انحراف لا يتفق مع فكرة الالتزام الطبيعي ( أوبري ورو ، ٢٩٧ ص ١٠ ملش رقم ٥ )

(٣) استئناف أميل ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٤ الحقوق ٣٠ ص ٣٣١ - انظر بيدان ولاجاد ٨ فقرة ٦٨٣ - وقارن دي باج ٣ ص ٧٠ .

وهذا غير الالتزام للقاصر بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية لنقض نقص أهليته ( م ١١٩ مدني ) ، لهذا الالتزام مدني مصدره العمل غير المشروع ، أما الآخر فالالتزام طبيعي يختلف عن التزام مدني مصدره العقد .

ويقال عادة إن كثافة ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ( م ٧٧٧ مدني ) دليل على أن التزام ناقص الأهلية بعد إبطال العقد قد انقلب التزاماً طبيعياً تكون كفايته صحيحة . والصحيح في رأينا أن الكثافة في هذه الحالة ليست التزاماً طبيعياً ، بل هي التزام أصل مقدمه التكفل مطلقاً على شرط وانف هو أن يتسلك ناقص الأهلية بإبطال العقد ، فيكون التكفل عندئذ ملزماً بتفخيد العقد الذي لم يتخذ القاصر . وسنعود إلى هذه المسألة .



عظرون بتفصيله بطلان لعب في الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه .  
وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد أن هذا النص إنما هو تطبيق لالتزام  
طبيعي يختلف عن لعبة الباطلة <sup>(١)</sup> . ولو صح هذا ، لصلح هذا الالتزام الطبيعي  
الذي يختلف عن اللعبة الباطلة شيئاً لالتزام مدني ، ولأمكن التحايل على الشكل في  
العبة من طريق كتابتها في ورقة حربية ثم نقضها شيئاً لالتزام مدني صحيح في ورقة  
حربية أخرى . وهذا ما لا يجوز التسليم به . والصحيح في رأينا أن تنفيذ  
الاختياري للعبة الباطلة في الشكل ، سواء من جهة الواجب أو من جهة رولته ،  
إنما هو إجازة لتعدد اللعبة ، إذ البطلان للترتب على عيب في الشكل قد تلحقه  
الإجازة إذا نص القانون على ذلك <sup>(٢)</sup> .

ومن أمثلة الترتيب الثاني الالتزام المدني إذا تقدم . فقد نشأ التزاماً مدنياً ،  
وأنتج جميع آثاره . ثم قام بعد ذلك مانع قانوني من بقاء التزاماً مدنياً ، وهو  
التقدم الذي تنسك به المدين <sup>(٣)</sup> ، فانقلب التزاماً طبيعياً ، إذا أداه المدين غطراً  
لم يستطع استرداده . وقد ورد في هذا الحكم نص تشريعي صريح في الفئتين

(١) انظر الأعمال التشريعية جزء ٢ ص ١٩٩ وجزء ٤ ص ٢٥٢ وص ٢٥٤ . وانظر  
أيضاً محكمة الإسكندرية الكلية ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ المحلة ١١ رقم ٣٢٤ .  
(٢) وهذا ما قرره في الجزء الأول من الوسيط . وقد جاء فيه ما يأتي . . . . . الشكل  
من صنع القانون ، وهو الذي يبين له الجزء الثاني في حالة الإبطال به . فقد جعل البطلان الذي  
لم يستوف الشكل المطلوب باطلاً لا يرد عليه الإجازة ، وقد سمح بإجازته كما في اللعبة الباطلة  
فكلاً ( م ٤٨٩ جديد ) ، وقد جعل الشكل من المرونة بحيث يفتل أن يستكمل ، وأن يصح به  
في فرض دون فرض كما في شركات التضامن والشخصية ( الوسيط جزء أول ص ٢٥٥ في الخامس  
وانظر أيضاً فقرة ٣٠١ ص ٤٩٢ ) . انظر أيضاً من هذا الرأي الأستاذ اسماعيل خاتم في أحكام  
الالتزام فقرة ١٥٥ ص ٢٢٣ ملحق رقم ٢ . وقارن : الموجز لمؤلف ص ٤٦٧ ملحق  
رقم ٢ - ولقون ١ ص ٢٧ .

وي قضيتان المدني للقرن تسع المادة ١٣٤٠ إمكان تنفيذ الاختياري للعبة الباطلة في  
الشكل على ورقة الواجب دون الواجب نفسه ويلعب بعض الفقهاء القرنين إلى القول بخلف  
الالتزام طبيعي من اللعبة الباطلة في الشكل في جانب ورقة الواجب ( بلانول وديور ودوران ٧  
فقرة ٩٩٠ - بيدان ولاجار ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٨ ) - ثارن بودي وبارد ( جزء ٢  
فقرة ١٦٧١ - فقرة ١٦٧٢ ) ، ومن رأينا أن اللعبة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً لا نسلم  
الشكل ، حتى إذا مات الواجب كانت هذه اللعبة ثابتة بالنسبة إلى الورثة قابلة للإبطال أو يصيب  
التسليم بأن البطلان المطلق ينقلب إلى بطلان نسبي بموت الواجب .

(٣) أما قبل انشكك بالتقدم فالالتزام يبقى مدنياً ( انظر المادة ٢٨٧ مدني - ثارن بيدان  
ولاجار ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧ ) .

المدنى الجديد ، هو الفقرة الأولى من المادة ٣٨٦ ، ونقضى بأنه « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدنى التزام طبيعى »<sup>(١)</sup> . ومن أمثلة النوع الثانى أيضاً الالتزام المدنى الذى لا يثبت فى ذمة معين وجهت إليه المدين الحاصلة فحلفها ، فإن الالتزام المدنى فى هذه الحالة لا يقضى به ولا يجبر المدين على تنفيذه ، ولكن إذا كانت ذمة المدين مشغولة به فضلاً بالرغم من حلفه المدين الحاصمة ، فإنه يتقلب إلى التزام طبيعى ، إذا أداها المدين مختاراً لم يستطع استرداده . وكذلك الحال فى الالتزام المدنى الذى صدر برفض الدعوى فيه حكم حاز حجية الأمر المقضى ، فإنه إذا كانت ذمة المدين مشغولة به بالرغم من هذا الحكم انقلب التزاماً طبيعياً<sup>(٢)</sup> . والصلح مع المدنى المقلس ( concordat ) ، الذى يتفق بمقتضاه المدين مع دائنيه على قضاء بعض الديون المدنية فى نظر انقضاء الباقي ، يجعل هذا الباقي للذى انقضى بالصلح يتقلب التزاماً طبيعياً ، إذا أداها الدائن مختاراً بعد ذلك لم يستطع استرداده<sup>(٣)</sup> . ولا حاجة فى الصلح لإبادة الاسترداد<sup>(٤)</sup> .

(١) استئناف أمم ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٤ المحقوق ٣٠ ص ٣٣١ — ٩ مارس سنة ١٩١٥ المحقوق ٣٠ ص ٣٣٢ — محكمة مصر الكلية ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٤٣٤ ص ٨٨٠ — وقارن الأستاذ عبد المنعم البدراوى رسالته فى التقادم فقرة ٢٠٨ ص ١٩٩ — ص ٢٠٠ .

(٢) بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧ — ص ٤٩٨ .

(٣) أوبرى دور ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٣ — بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٨٣ ص ٤٩٧ — أما إذا تعهد المقلس أن يدفع الباقي من ديونه إذا تحسنت حاله (il revient à meilleure fortune) ، فقد يفسر هذا التعهد بأنه التزام مدنى أو بأنه مجرد تقرير للالتزام الطبيعى ، حسبما يتبين من نية المدين ، وتستخلص هذه النية من الظروف والملازمات وعبرة التعهد . ونسترد إلى هذه المسألة فيما يلى (انظر فقرة ٤٠١) . ويشبه بارتان بالمدين المقلس الذى يصطلىح مع دائنيه مدينياً تعهد أن يدفع بهر الذهب أو بصرعلة أجنبية . فإذا كان هذا التعهد - باعتباره تعهداً مدينياً - باطلاً ، ولكن المدين مع ذلك دفع بصرعلة الذهب أو بصرعلة أجنبية المتفق عليها ، فإنه لا يستطيع أن يسترد ما دفعه زائلاً عن سحر السلفة الورقية ذات السحر الإلزامى ، لأنه إنما وفى التزاماً طبيعياً ( أوبرى دور ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٢ حاشى رقم ١٢ ) . ولا يتفق هذا الرأى ، إذا اعتبرنا شرط اللعب باطلاً مخالفته لنظام العام ، مع المبدأ الذى نقتضاه من أن الالتزام الطبيعى لا يجوز أن يتقدم مخالفاً لنظام العام .

(٤) أما إذا كان الالتزام المدنى لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ، ولم توجد كتابة للالتزام ، ولم يصدر حكم حاز حجية الأمر المقضى برفض الدعوى بهذا الالتزام ، فإنه يترتب التزاماً مدينياً =

٣٩٦ - التزامات برأت أدوية ثم أصبحت طبيعية : وهذه التزامات بدأت واجبات أدبية ثم ارتفعت منزلتها فأصبحت التزامات طبيعية ، على التقضى من الطائفة الأولى التى وصلت إلى مرتبة الالتزامات المدنية وانحدرت بعد ذلك إلى مرتبة الالتزامات الطبيعية<sup>(١)</sup> .

ومن الأمثلة على هذه الطائفة الثانية من الالتزامات التزام شخص بتعويض شخص آخر عن الضرر غير المباشر الذى لحقه به من جراء خطأ ارتكبه ، أما التزامة بالتعويض عن الضرر المباشر فهذا التزام ملقى مصدره العمل غير المشروع . كذلك الالتزام بالتعويض عن إغواء غير مصحوب بالفش أو عن معاورة غير شرعية بعد انتهاء هذه المعاورة يكون التزاماً طبيعياً . أما إذا سحب الإغواء غش فالالتزام بالتعويض يصبح التزاماً مدنياً . وإذا لم يكن الدرس من الالتزام التعويض عن المعاورة بعد انتهائها ، بل الإغراء على المعاورة ، فإن الالتزام لا يكون التزاماً طبيعياً ، بل يكون التزاماً مخالفاً للأداب لا يتخلف عن بطلانه التزام طبيعى .

ومن الأمثلة على هذه الطائفة الثانية أيضاً التزام شخص بإجازة شخص آخر على خدمة أداها له (donnation rémunératrice) إذا لم يكن هناك التزام ملقى بالإجازة ، وذلك كإجازة خدام أخلص في الخدمة أو وكيل أحسن أداء الوكالة أو طبيب أخذ حياة المريض<sup>(٢)</sup> . فإن هذا الالتزام يبدأ واجبا أدبياً ، ولكن وجوب الاعتراف بالجميل في هذه الظروف الخاصة يرقى به إلى مرتبة الالتزام الطبيعى<sup>(٣)</sup> . كذلك إذا أثرى شخص على حساب غيره دون أن تتوافر

---

سواء يتطلب التزاماً طبيعياً . لكنه يكون التزاماً غير ثابت ، ويجوز أن ينبت بعد ذلك بالإجراء أو بالدين . وإذا دفعه الدين لم يسقط استرداده ، لا لأنه يدفع التزاماً طبيعياً لا يسترد ، بل لأنه يدفع التزاماً مدنياً أثر به مقتضى دفعه له . ومن ثم يكون الدفع صحيحاً ، ولا يجوز الاسترداد ، حتى لو كان للدين وهو يدفع الدين يعتقد أن إثباته يجوز أن يكون بالدين والامتنان من دفعه (قارن الأستاذ أحمد حشمت أبو سميح في نظرية الالتزامات فقرة ١٦٤) .

(١) بوردو وبارد ٢ فقرة ١٦٦٦ وما بعدها .

(٢) لوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١١ .

(٣) قارن بوردو وبارد ٢ فقرة ١٦٧٠ : ويشترط أن تكون الخدمة مما يمكن تقديره بالمال ولا تكون المجازة أكبر بكثير من الأجر المعتاد على مثل هذه الخدمة .

شروط دعوى الإثراء ، لم يكن هناك التزام مدني برد قيمة الإثراء لعدم توافر الشروط ، ولكن يقوم التزام طبيعي بهذا الرد مبني على فكرة العدالة . ومن الأمثلة على هذه الطاقة الثانية أخيراً التزام شخص بالنفقة على أقارب لا تلزمه النفقة عليهم قانوناً ، فإن الالتزام هنا يبدأ واجباً أدبياً ، ولكن واجب التضامن بين أفراد الأسرة في هذه الحالة الخاصة يرتفع به إلى مرتبة الالتزام الطبيعي<sup>(١)</sup> . كذلك التزام الأب بتجهيز ابنته أو بتقديم المعونة لابنه لتنظيم عمل يرتزق منه يكون التزاماً طبيعياً في ذمة الأب ، بسبب توثق أواصر العلاقة الأبوية فيما بين الأب وأولاده<sup>(٢)</sup> .

### ٣٩٧ - تأصيل لمادة الالتزام الطبيعي - الالتزام الطبيعي

يتأخر الملتزم المسمى : ونظرة إلى ما قدمناه من حالات الالتزام الطبيعي تدل على أن هذا الالتزام مكانه في دائرة القانون أوسع مما يظن لأول وهلة . بل إن الالتزام الطبيعي يتأخر الالتزام المدني ، ويتعقبه خطوة خطوة . وقد علمنا أن مصادر الالتزام المدني هي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . وما نحن نرى أن الالتزام الطبيعي يساير الالتزام المدني في هذه المصادر .

فالالتزام الطبيعي الذي بدأ التزاماً مدنياً ثم انقلب التزاماً طبيعياً يكون مصدره في العادة العقد ، فهو يتأخر الالتزام المدني العقدي . وقد لحقت العقد حلة قانونية لا ترجع إلى الرضا في ذاته الذي هو قوام العقد ، بل ترجع إلى مقتضيات الصنعة القانونية ، فتمت العقد من توليد آثاره المدنية ، ولكن لم تمنحه من توليد آثاره الطبيعية لأن الرضا سلم غير مشوب بميب . ومن ثم نرى أن العقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية ، والالتزام الذي سقط

(١) قانون برودي وبارد ٢ فقرة ١٦٦٩ .

(٢) أوبري ورد ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١١ - المرجع المؤلف فقرة ٤٦٠ - قانون برودي وبارد ٢ فقرة ١٦٦٨ ص ٧٦٥ وفقرة ١٦٦٩ مكررة - ولتكون ١ ص ٣٣ - ص ٣٤ . وبعد التزاماً طبيعياً التزام المطلق بالنفقة على مطلقته بعد أن عاش معها مدة طويلة ، ثم طلقها في وقت لا يستطيع فيه أن تبدأ حياة جديدة ودون أن تكون هناك أسباب خطيرة تدعو إلى الطلاق (استكشاف مخطط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١) .

بالتضام ، أو اعترضته بين حاسمة ، أو حكم حاز حجية الأمر المقضى ، كل هذه حالات يقوم فيها الالتزام الطيعى ، لأن المانع القسائفى الذى حال دون توليد الآثار المدنية ترجع إلى الصنة القانونية لا إلى طبائع الأشياء ، فلم يتعلم الالتزام بتاتا ، بل انقلب التزاماً طيعياً على النحو الذى قدمناه (١) .

والالتزام الطيعى بتعويض الضرر غير المباشر ، أو بالتعويض عن الإغواء غير المصحوب بالغش ، أو بالتعويض عن المعاشرة غير المشروعة ، مصدره العمل غير المشروع ، فهو يتنغم الالتزام الملقى التصبرى . وقد منع هذا الالتزام أن يكون التزاماً مدنياً فقد شرط من الشروط التى ترجع إلى الصنة القانونية لا إلى طبائع الأشياء ، فقد نقص الالتزام شرط أن يكون الضرر مباشراً ، أو شرط أن يكون هناك خطأ بالمعنى الذى عرفناه فى المسئولية التصبرية إذ أن الإغواء غير المصحوب بالغش أو مجرد للمعاشرة غير المشروعة لا يعتبر خطأ تصبرياً وأن اعتبر خطأ أدبياً يقوم على أساسه التزام طيعى .

والالتزام الطيعى بإجازة خدمة أدبت أو برد إثراء على حساب الغير يتنغم الالتزام الملقى المتولد من الإثراء بلا سبب . وقد منع هذا الالتزام أن يكون التزاماً مدنياً فقد شرط من شروط قاطعة الإثراء بلا سبب يرجع إلى الصنة القانونية . أما الشروط التى ترجع إلى طبائع الأشياء - وتتلخص فى أن شخصاً أثرى على حساب غيره - فتوافرة ، ومن ثم قام الالتزام الطيعى .

والالتزام الطيعى بالنفقة على الأكابر أو بتجهيز البنت أو بتقديم المعونة للابن مصدره القانون ، فهو يتنغم الالتزام الملقى الذى يتولد مباشرة من القانون . وقد رأينا ، عند الكلام فى القانون كمصدر مباشر للالتزام ، أن هناك التزامات إيجابية ترجع إلى التضامن الاجتماعى ، أبرزها القانون دون أن يرسم لها قاطعة عامة ، فجعلها ينص منه التزامات مدنية (٢) . فاذا لم يبلغ الواجب الأدبى هذه الدرجة العليا من الموضوع والتحديد والتقابلية للانضباط ، فإن القانون لا يصل

(١) وهذا صحيح فيما إذا كان الالتزام مصدره العقد . أما إذا كان له مصدر آخر ، فهى التزاماً طيعياً ، دون أن يرجع ذلك إلى الرضاء ، بل إلى سبق وجود التزام مدنى حاله مانع - يرجع إلى الصنة القانونية لا إلى طبائع الأشياء - من أن يولد آثاره كالتزام مدنى .

(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٩٠٥ .

به إلى مرتبة الالتزام الملدى . ولكنه مع ذلك يرقى به إلى مرتبة الالتزام الطبقى ، على أن تتوافر له العناصر الثلاثة : قدر من التجديد والانضباط وهذا هو المنصر المادى ، وإحساس بالقوة الملزمة وهذا هو المنصر المعنوى ، وانتفاء التعارض مع النظام العام وهذا هو عنصر المشروعية (١) .

فالالتزام الطبقى إذن هو توأم الالتزام الملدى ، يسير إلى جانبه ، ولكنه يسير على هامش القانون كظل للالتزام الملدى . وإذا كان الالتزام الملدى هو وليد الصنعة القانونية ، فإن الالتزام الطبقى هو بمثابة رد الفعل لهذه الصنعة . ذلك بأن للصنعة القانونية مقتضيات لا تتواءم في كثير من الحالات مع طبائع الأشياء . فحيث تقوم هذه المقتضيات معارضة مع طبائع الأشياء ، فإن الالتزام الملدى لا يقوم خضوعاً لمقتضيات الصنعة ، ويقوم الالتزام الطبقى مطاوعة لطبائع الأشياء .

## ب - الآثار التي تترتب على الالتزام الطبقى

٣٩٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠١ من التقنين الملدى على

ما يأتى :

ولا يسترد المدين ما أداه باختياره ، قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً .

وتنص المادة ٢٠٢ على ما يأتى :

والالتزام الطبقى يصلح سبباً لالتزام ملدى (٢) .

(١) وعندها يجوز للقانون المنطقة السلبية إلى المنطقة الإيجابية — يجوز التمسك من الإضرار بالغير والإضرار على حساب الغير إلى الأمر بالتعاون والتضامن والمساعدة ( انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٩٠٤ — فقرة ٩٠٥ ) — يكون تدخله في المنطقة الإيجابية في أناة وحذر ، ويسبق الالتزام الطبقى الالتزام الملدى ، فهو ملحق به ، يتمسك له الطريق ، ثم ينفذه .

(٢) تاريخ التصويب : م ٢٠١ — ورد هذا النص في المادة ٢٧٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يسترد المدين ما أداه باختياره وفاء لالتزام طبقى » . وفي لجنة المراجعة حذر النص تحجراً جله أدنى في الدلالة على المنع ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المجهد ، وأصبح رقم المادة ٢٠٧ في المشروع التالى . وولم يلق مجلس النواب على النص ، ثم وافق عليه مجلس المفوض تحت رقم ٣٠١ ( مجموعة الأعمال التصحيحية ٢ ص ٥٠٠ — ص ٥٠١ ) . م ٢٠٢ — ورد هذا النص في المادة ٢٧٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يصلح -

وتقابل المادة ٢٠١ من التقنين المدني الجديد المادة ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المدني السابق<sup>(١)</sup> . أما المادة ٢٠٢ فلا مقابل لها في التقنين السابق ، ولكن المحكم كان معمولاً به .

ويقابل النصان في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٠٢-٢٠٣ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٠٤-٢٠٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٦٩ و ٨٠<sup>(٢)</sup> . ولا مقابل لها في التقنين المدني العراقي .

= الالتزام الطبيعى ، إذا اعترف المدين به ، سبباً لالتزام مدني . وفي لجنة المراجعة حور النص على الوجه الآتي : « الالتزام الطبيعى إذا اعترف المدين به يصلح سبباً لالتزام مدني ، وأصبح رقم المادة ٢٠٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على هذا النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ أثارت ميارة « إذا اعترف المدين به » شبهة ، فقد نظر أن المقصود منها أن مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعى ينقله إلى التزام مدني . فذكر في دفع هذه الشبهة أن هذه المادة قد حسمت خلافاً قائماً بين الفقهاء . فالبعض يقول إن الاعتراف بالالتزام الطبيعى يعتبر تجديدًا له ، وهذا القول مردود بأن التجديد يكون في هذه الحالة قائماً على غير سبب . والبعض الآخر يقول أن الاعتراف بالالتزام الطبيعى يصلح أن يكون سبباً للالتزام المدني . وقد أخذ المشروع بهذا الرأي الأخير ، فالمقصود من النص هو أن الاعتراف بالالتزام الطبيعى يصلح أن يكون سبباً لالتزام مدني ، لا أن يكون سبباً لتحويل الالتزام الطبيعى إلى التزام مدني . وبعد مناقشة استقر رأى اللجنة على حذف ميارة « إذا اعترف المدين به » دفناً للشبهات ، وحل أن يثبت في المحضر أن مجرد الاعتراف لا يصلح أن يكون سبباً كافياً لتحويل الالتزام من طبيعى إلى مدني . وبذلك أصبح نص المادة على الوجه الذى استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقمها ٢٠٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٢ — ص ٥٥٥ ) .

(١) م ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المدني السابق : « إنما من أصل باختياره شيئاً آخر ، وفاء لدين يشته ملزميته به ولو لم يوجب القانون » لا يكون له استرداد . وهذا النص يتفق في المحكم مع نص التقنين الجديد . ولم يستحدث هذا التقنين حكماً جديداً في موضوع الالتزام الطبيعى ، ولكنه جبل النصوص أكثر جلاء ووضوحاً مما كانت عليه في التقنين السابق .

(٥) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري ٢٠٢-٢٠٣ (مطابقتان لمادتين ٢٠١ — ٢٠٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني المملكة الليبية المتحدة م ٢٠٤ — ٢٠٥ ( مطابقتان لمادتين ٢٠١ — ٢٠٢ من التقنين المدني المصري ) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤ : أن ما يفعله المرء من علم لتنفيذ موجب طبيعى لا يصح استرداده ولا يحد تدرجاً ، بل يكون له شأن الإلهاء — م ٦ : الاعتراف بموجب طبيعى =

٣٩٩ - المبرأ العام : قلنا أن الالتزام إذا كان طبعياً لم يجبر المدين على تنفيذه ، لانقضاء عنصر المسؤولية من الالتزام . ولكن لما كان عنصر المديونية موجوداً كما قلنا ، فكل عمل اختياري يقوم به المدين ، قاصداً به الوفاء في الحال أو في المستقبل بالالتزام الطبيعي ، يكون عملاً معتبراً ولا يجوز الرجوع فيه .

ويترتب على هذا المبدأ العام ما يأتي :

( أولاً ) الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي يجوز ، ويعتبر وفاء ولا يجوز استرداده ، لانبرعاً يجوز الرجوع فيه . وهذا هو الوفاء بالالتزام الطبيعي في الحال .

( ثانياً ) الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لإنشاء التزام مدني . وهذا هو الوفاء بالالتزام الطبيعي في الاستقبال ، عن طريق تحويله إلى التزام مدني .

( ثالثاً ) لا يجوز أن يقاس الالتزام الطبيعي بدين آخر ، لأن المقاصة ضرب من الوفاء الجبري ، فإذا أجزنا المقاصة في الالتزام الطبيعي كان هذا إجباراً للمدين على الوفاء بطريق غير مباشر .

( رابعاً ) كذلك لا يجوز كضالة الالتزام الطبيعي ، وإلا كان في هذا تنفيذ جبري للالتزام الطبيعي عن طريق تنفيذه على الكفيل<sup>(١)</sup> .  
ونفصل الآن ما أجملناه :

= ولو صريحاً ، لا يكون من شأنه أن يحوله إلى موجب مدني . وظل هذا التحويل لا يمكن أن ينشأ إلا من تجديد (novation) التمسكه — م ٨ : إن الجهود المقطوعة لضمان تنفيذ موجب طبيعي (les engagements pris pour assurer l'exécution d'une obligation naturelle) تخضع من حيث الشكل والأساس لأحكام العقود ذات العوض . ( وهذه التمسكات لا تختلف في جملة أحكامها عن نظائرها في التفتين المصري : انظر الدكتور صبي المصطفى في أحكام الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٧٦ — إلا أن التصور الذي في التفتين اللبناني لتحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني هو طريق التجديد (novation) ، وهذا التصور هو الذي كان سابقاً ، ثم عدل منه إلى التصور الذي أخذ به التفتين المصري الجديد وهو جعل الالتزام الطبيعي سبباً لإنشاء التزام مدني . ثم إن التفتين اللبناني في المادة ٨ منه أكد فكرة أن الوفاء بالالتزام الطبيعي أو الاعتراف به يقتضي عهد مقطوع لضمان تنفيذه لا يند تبرعاً ، ومن ثم لا يفتضح ، من حيث الشكل والموضوع لأحكام التبرعات ، بل يفتضح لأحكام الموقوفات ) .

(١) وقد قلنا منه الكلام في الفتع بعدم تنفيذه المقد أنه لا يجوز الذين أن يدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعي يمتنع عن تنفيذ التزام مدني ، وإلا كان في هذا تنفيذ جبري للالتزام الطبيعي بطريق =



٤٠٠ - الفداء والقبول بالالتزام الطبيعي جائز بشرط في الفداء بالالتزام الطبيعي ، كما قلنا ، أن يكون الفداء عن بينة واختيار ، فلا يجوز إجبار المدين على الفداء ولو عن طريق القضاء . والفداء يكون عن بينة إذا لم يشبه غلط أو تدليس ، وعن اختيار إذا لم يشبه إكراه . فإذا اعتقد المدين خطأ ، وهو يؤدي التزاماً طبعياً ، أنه مجبر على الفداء لأن التزامه مدني ، أو ظن أن الالتزام الطبيعي يجوز الجبر على تنفيذه ، سواء كان خطأه هذا نتيجة غلط وقع فيه أو تدليس جاز عليه ، كان له أن يسترد ما وفاه بدعوى استرداد غير المستحق . كذلك إذا أكره المدين في الالتزام الطبيعي على الفداء به ، جاز له الاسترداد (١) .

= شير مباشر (الوسط جزء أول فقرة ٤٩٥) . ونرى أن هذا يصدق أيضاً في الحق ليس الذي يصير الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صورة (بودي وبارد ٢ فقرة ١٦٨٢ - عكس ذلك ميك ٧ فقرة ١٦٩ ص ٢٣٦ - ص ٢٣٧ ، وقد تأخر ميك بالقانون الروماني ، ولكنه ظل من أن هذا القانون كان يميز أيضاً المقاصة فلا تمارس فيه ، أما القانون الحديث فلا يميز المقاصة لأنها وفاء إجباري ، ووجب أيضاً لنفس السبب ألا يميز الحبس ) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا العقد ما يأتي : « ويفتقر الصفة هذا الفداء أن يقوم به للمدين من تلقاء نفسه دون إجبار ، وأن يكون حاصلًا من بينة منه أي وهو يدرك أنه يستجيب لمقتضى الالتزام الطبيعي لا يكفل له القانون جزاءه (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٥٠٠) . وقد كان هذا هو أيضاً حكم التقنين المذهب السابق : استئناف غلط ١٥ أبريل سنة ١٨٨٠ برومي م ٢٠٨ رقم ١ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٢٣٢ ص ٤٦ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ - استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٢٥ المحالة ١٦ رقم ٤١٢ ص ٨٩٨ - مدى مجلس (Encaution - paiement) فقرة ١٥٧ .

وكان القانون الروماني لا يميز استرداد ما دفع وفاء لالتزام طبيعي حتى لو كان المدين اعتقد وقت الفداء أن التزامه مدني . وفي هذا الحكم - وغيره من الأحكام كما سنرى - بين أن القانون الروماني كان يربط على الالتزام الطبيعي آثاراً أبدي مدني بما يربط لقانون الحديث . وسار القانون الإيطالي وكذلك المشروع الفرنسي الإيطالي (٦٦ م) على هذا النهج ، فأكفينا بأن يكون الدفع تلقائياً (spontané) ، فيجوز الاسترداد إذا كان الفداء نتيجة تدليس أو إكراه لأن الفداء لا يكون في حالتين الحالتين تلقائياً ، ولا يجوز الاسترداد إذا كان الفداء نتيجة غلط لأن الغلط لا يمنع من تلقائية الفداء (كولان وكابيتان ومورالير ٢ فقرة ٤٦٨ ص ٣٤٢ - وفي هذا الحق الأستاذ عبد السلام ذكي فقرة ٧٩ : ) .

ولكن الرأي الراجح في الحق - وهو الرأي الذي سار عليه التقنين المصري - هو أن يكون وفاء الالتزام الطبيعي من بينة واختيار ، فلا يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه . ويصط الأستاذان بودي وبارد هذا الرأي في المبادئ الآتية : « وكل ذلك لا يمكن في عدم جواز الاسترداد أن يكون الفداء قد تم عن اختيار (librement) بل ولا أن يكون قد تم تلقائياً

ولا يمكن أن يكون الوفاء عن بينة واختيار ، بل يجب أيضاً أن يكون المدين قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً (م ٢٠١ مدني) . وقد قدمنا ، عند الكلام في قيام الالتزام الطبيعي ، أن هذا الالتزام يجب أن يرتفع في وعي الجماعة إلى هذه المترلة . وهنا ، ونحن نتكلم في تنفيذ الالتزام الطبيعي ، يشترط أن يقع في وعي المدين بالذات أنه بفرض التزاماً طبيعياً . وهذا هو الذي يجمع في الالتزام الطبيعي بين وعي الجماعة ومعياره موضوعي ، وبين وعي المدين بالذات ومعياره ذاتي : الأول مطلوب لقيام الالتزام الطبيعي ، والثاني مطلوب لتنفيذه<sup>(١)</sup> .

فإذا نفذ المدين الالتزام الطبيعي عن بينة واختيار قاصداً أن يوفى بالتزام طبيعي ، كان هذا التنفيذ وفاء (paiement) لا تبرعاً (libralité) كما سبق القول<sup>(٢)</sup> . ويرتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) لا يشترط في الوفاء بالالتزام الطبيعي شكل خاص ، كما يشترط ذلك عادة في الهبات<sup>(٣)</sup> .

(٢) لا يجوز للمدين ، كما قدمنا ، أن يسترد ما وفاه . ولو كان الوفاء هبة لجاز الاسترداد حيث يجوز الرجوع في الهبة . ولما كان الوفاء بالالتزام الطبيعي لا يقبله إلى التزام مدني ، فإنه يترتب على ذلك أن المدين إذا وفى بالتزامه الطبيعي وفاء جزئياً لم يستطع أن يسترد الجزء الذي وفاه ، ولكن لا يستطيع الدائن أن يجبره على الوفاء بالباقي<sup>(٤)</sup> . ويرتب على ذلك أيضاً أن ١٠ دفعه المدين وفاء

= (spontanément) ، وإنما يستوجب القانون أن يكون الوفاء قد تم من علم (sciemment) ، أي من بينة من الأمر ( يوردي وبارد ٢ ، فقرة ١٦٧٤ ) .

Ainsi, pour que le paiement échappe à la répétition, il ne suffit pas qu'il ait eu lieu librement, ni même spontanément, la loi veut qu'il ait été fait sciemment, c'est à dire en connaissance de cause.

هذا ويخضع الوفاء بالالتزام الطبيعي في إثباته لقواعد العامة في الإثبات ( بلافول وريبير ورومان ٧ فقرة ٩٩٣ ص ٢٢٢ — ٢٢٣ ) .

(١) الأستاذ اساميل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٥٩ ص ٢٢٠ — ص ٢٢١ .

(٢) ونرى من ذلك أن الالتزام الطبيعي إنما يتأكد وجوده وقت انقضاءه ( انظر في هذا

المعنى جورسان ٢ فقرة ٧١٩ ) .

(٣) وقد نصت تقنين الموجبات والمقود البتاني (م أ) على ذلك صراحة كما سبق القول .

(٤) هك ٨ فقرة ٥ — ديمولوب ٢٧ فقرة ٤٩ — أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧

ص ١٥ — يوردي وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤ مكررة — بلافول وريبير ورومان ٢ فقرة ٩٩٢

ص ٢٢٩ — يمان ولاجراد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٣ طاشي رقم ١ .

لالتزامه الطبيعي لو استحق لقبه لأيضته المدين<sup>(١)</sup>.

(٣) لا يشترط في الوفاء بالتزام طبيعي أهلية التبرع. ولو كان الوفاء هبة لا شترطت هذه الأهلية.

(٤) إذا وفى المريض مرض الموت بالتزام طبيعي، لم يعتبر هذا الوفاء مقصوداً به التبرع في حكم المادة ٩١٦ من التقنين المدني، فلا تسرى عليه أحكام الوصية. إلا أنه يلاحظ أن هناك قرينة قانونية تقضى بأن كل تصرف صدر في مرض الموت يعتبر صادراً على سبيل التبرع (م ٩١٦ فقرة ٣)، ومن ثم يفرض في هذا الوفاء أنه تبرع حتى يثبت الدائن أنه وفاء لا التزام طبيعي.

(٥) أما فيما بين المدين الذى وفى بالتزام الطبيعي ودائنيه بدين مدنى، فقد ذهب جـ إلى أن الوفاء بالتزام الطبيعي يبق وفاء لا تبرعاً، فلو طعن دائن في هذا الوفاء بالدعوى البولصية كان عليه أن يثبت غش المدين الذى وفى بالتزام الطبيعي وغش الدائن الذى استوفى هذا الالتزام، كما هو الشأن في الدعوى البولصية بالنسبة إلى المعاوضات<sup>(٢)</sup>. وقد كنا نحن نذهب إلى هذا الرأي في عهد التقنين السابق<sup>(٣)</sup>. ولكن التقنين الجديد، وقد عد الوفاء بدين مدنى مؤجلاً في حكم التبرع بالنسبة إلى الدعوى البولصية (انظر المادة ٢٤٢ فقرة ثانية)، لاشك في أنه يجعل من باب أولى هذا الحكم للوفاء بالتزام طبيعي. فالمدين الممسر، إذا وفى بالتزام طبيعي كان في استطاعته ألا يوفى به، يجعل لدائنيه وجهاً للاعتراض على هذا التصرف، ويكون من حقهم أن يعتبروا هذا الوفاء تبرعاً لا معاوضة، فيكون غير نافذ بالنسبة إليهم حتى لو كان كل من المدين الذى وفى بالتزام الطبيعي والدائن الذى تلقى هذا الوفاء حسن النية<sup>(٤)</sup>. ويغلب

(١) حـك ٨ فقرة ٥ - ديولوب ٢٧ فقرة ٥٠ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٤ مكررة.

(٢) انظر في هذا المعنى بيرو ص ١٠٧، الأستاذ أحمد حشمت أبوستيت في نظرية الالتزام فقرة ٦٦٦ - ٤٩٩ - المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التضيرية جز ٢ ص ٥٠١.

(٣) انظر الموجز فقرة ٤٦٢ ص ٤٦٨ حـلى رقم ٢.

(٤) بلانويل وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٩٢ ص ٣٢٨ - ٣٢٩ - بيدان ولاجاد ٨ فقرة ٦٦٢ - كولان وكايطان ومورانجور ٢ فقرة ٤٦٨ ص ٣٤٣ - الأستاذ أسباعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٦٦.

أن يحقق ذلك عملاً في تجهيز الأب المعسر لابنته ، فإن التجهيز التزام طبيعي  
إذا وفي به المدين المعسر جاز لدائقيه الطعن بالدعوى البوليصة في هذا الوفاء  
باعتباره تبرعاً لامعاوضة (١) .

#### ٤٠١ - الالتزام الطبيعي بعلم سبب الوفاء التزام مدني :

وكما يجوز الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي ، يجوز كذلك الوعد بالوفاء به  
(promesse d'exécution) ، ما دام هذا الوعد قد صدر عن بيئة واختيار.  
فاذا كان المدين في التزام طبيعي ، بدلا من أن يفي بهذا الالتزام وفاء فعلياً ،  
وعد أن يفي به ، فإن هذا الوعد يصبح ملزماً له (٢) . ويكون الالتزام في هذه  
الحالة التزاماً مدنياً يجبر المدين على الوفاء به . فكان المدين قد وفى الالتزام  
الطبيعي بالتزام مدني (٣) .

(١) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد هذه النتائج ، التي ترتب على أن  
الوفاء بالالتزام الطبيعي إنما هو وفاء لا تبرع ، حل الرجوع الآتي : مثلاً تحقق هذا الشرط  
(حصول الوفاء من بيئة واختيار) كان أداء المدين حكم الوفاء لا حكم التبرع . ويظهر على ذلك  
نتائج أربع : أولاً امتناع المطالبة برد ما دفع ، فهو لم يؤد وفاء لدائن غير مستحق أو تبرعاً  
يجوز الرجوع فيه ، وإنما أدى وفاء لما هو واجب دون أن يحدو نية للتبرع عليه . والثانية عدم  
اشتراط شكل خاص للوفاء بالالتزام الطبيعي ، حل خلاف تبرعات فيطلب فيها اشتراط ذلك .  
والثالثة الاكتفاء في تنفيذ الالتزام الطبيعي بأهلية الوفاء بوجه عام ، دون اشتراط أهلية التبرع .  
والرابعة اعتبار أداء المدين وفاء لا تبرعاً ، وبوجه خاص فيما يتعلق بتطبيق أحكام الدعوى  
البوليصة (وقد خالفنا هذا الرأي فيما قدسناه) وتصرفات المريض مرض الموت (بجملة الأعمال  
المفسرية ٢ ص ٥٠٠ - ص ٥٠١) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بأن من حاشر امرأة معاشرة الأزواج التزم التزاماً  
طبيعياً بالنفقة عليها وولدها من ، ويتطلب هذا الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني إذا هو أرسل  
إليها النفقة مرات عدة وتمهد تمهداً صريحاً في مكاتباته بالاستمرار على ذلك (استئناف مختط  
١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٩) . وكذلك يتصل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني إذا  
كان المقوم قد تمهد خاضه القديم به أن أصبح عاجزاً بالموت والمساعدة ، ثم تمهد به ذلك  
بأن يدفع له مبلغاً معيناً (استئناف مختط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٨) . انظر  
أيضاً : استئناف مختط ١٧ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ - ١٦٢ - ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢  
ص ٣٣٧ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٧ - ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩  
ص ٣٣٤ .

(٣) قارن بلافول وريير وودوا ٧ بقرة ٩٩٣ ص ٣٣١ .

ويجب أيضاً - كما في الوفاء الاختياري - أن يكون المدين قد قصد أن يلتزم بالوفاء التزاماً مدنياً<sup>(١)</sup> ، فلا يكفي مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته<sup>(٢)</sup> . ذلك أن اعتراف المدين بوجود التزام طبيعي لا يدل ضرورة على قصد الوفاء به ، ذلك القصد الذي رأيناه في الوفاء الاختياري - كما هو هنا في الوعد بالوفاء - يجمع إلى وعي الجماعة بالالتزام الطبيعي. وعي المدين ذاته بهذا الالتزام . وقد قلنا أن وعي الجماعة ضروري في قيام الالتزام الطبيعي ، وعي المدين بالذات ضروري في تنفيذه . ووجب أن يقصد المدين الوفاء بالالتزام الطبيعي مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، أما استخلاص هذا القصد من وقائع الدعوى فسألة واقع لا تخضع لهذه الرقابة<sup>(٣)</sup> . وعلى ذلك إذا عقد المفسل صلحاً (concordat) مع دائنيه ، ووفاهم جزءاً من الديون ، ووعدهم في الوقت ذاته بوفاء الباقي إذا انصلحت حالته (*revient l'ad*) (*à meilleure fortune*) ، ترك لقاضي الموضوع أن يستخلص نية المدين من وقائع الدعوى : هل قصد المدين بهذا الوعد أن يلتزم مدنياً بوفاء الباقي من ديونه فيكون هناك التزام مدني في ذمته ملحق على شرط واقف هو انصلاح حاله ويكون الصلح ذاته معلقاً أيضاً على شرط فاسخ هو الوفاء بهذا الالتزام المدني ، أم قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته هو الوفاء بباقي ديونه متى

(١) استئناف مخطط ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٤٩٨ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١١ - انظر أيضاً في الالتزام نحو أشخاص يعتبرهم الملتزم أبناءه الطبيعيين : استئناف مخطط ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩١ ، وفي التزام رب القمل نحو عامل مدة تجهيزه : استئناف مخطط ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٧ - لكن لا يمتد التزام الشخص نحو بنت زوجته إذا كان قد أراحها في منزله ، ثم خرجت إلى كف أحد أقاربها ، فلا يعتبر ملتزماً بالنفقة عليها (استئناف مخطط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٧٥) . وإذا صرفت شركة لأرملة موظف قديم ، ماتت فسخة حادث من حوادث الحرب ، ولأولاده تقصير نفقة شهرية مدة طويلة ، لم يتحول هذا الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني (استئناف مخطط ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١) .

(٢) ومن أجل ذلك حلفت لجنة مجلس الشيوخ عبارة فلذا أتعرف للمدين به التي كانت واردة في المشروع النهائي للتقنين الجديد حتى لا يكون مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعي كافياً لتحويله إلى التزام مدني (مجموعة الأحوال الشخصية ٢ ص ٥٠٢ ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك من إيراد تاريخ نص المادة ٢٠٢ : انظر فقرة ٣٩٨ في المجلد) .

(٣) الأستاذ أساميل فاني في أحكام الالتزام فقرة ١٥٩ ص ٢٣٠ - ص ٢٣١ .

تمكن من ذلك وفي هذه الحالة لا يجبر على الوفاء ويبقى الصلح قائماً حتى لو لم يوف بالباقي من ديونه مع قدرته على الوفاء<sup>(١)</sup> ؟ فإذا قام شك هل قصد المدين بالوعد أن يلتزم مدنياً أم قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي ، فالشك يفسر في مصلحته ، ويكون قد قصد مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي<sup>(٢)</sup> .

وقد اختلف الرأي في التكيف القانوني للوعد بالوفاء . ذهب رأى قديم إلى أن هذا الوعد يعتبر تجديد<sup>(٣)</sup> (novation) للالتزام الطبيعي . فيكون المدين والدائن قد اتفقا على استبدال دين مدني بالدين الطبيعي ، فيصبح الالتزام الطبيعي التزاماً مدنياً عن طريق التجديد بتغير الدين (novation par changement de dette)<sup>(٤)</sup> وعيب هذا الرأي أنه يتعارض مع قواعد التجديد للمرونة ، إذ التجديد يفرض تعديلاً في الالتزام الأصلي ، إما بتغير محل الدين أو بتغير سببه أو بتغير أوصافه أو بتغير الدائن أو بتغير المدين . والوعد بوفاء التزام طبيعي لا يتضمن تغييراً في شيء من ذلك ، بل هو يقلب الالتزام ذاته — محلاً وسبباً وأوصافاً وأطرافاً — من التزام طبيعي إلى التزام مدني . ومن ثم اختار التقنين المدني الجديد الرأي

(١) قارن استئناف مخطط ١٢ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٨ — وقد يستخلص قصد المدين من عبارة التمهيد (دي باج ٣ ص ٦٣) ، ومن تفسير نية الدائنين أنفسهم وهل كانوا لا يصدقون الصلح لولا هذا التمهيد ليكون التزاماً مدنياً (استئناف مخطط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٩ — ومع ذلك انظر في أن التمهيد يبقى التزاماً طبيعياً إذا أكره للمفسر وقت الصلح على أن يوقع كهيئة لصالح دائن ليس له على إقرار الصلح : محكمة استئنافية الوطنية ١٩ يناير سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ١٣٣ ص ٢٤٨) .

(٢) بلانيرول وريبير وودوان ٧ فقرة ٩٩٢ ص ٣٣١ — ص ٢٣٢ — بودري وبارد ٢ فقرة ١٦٧٣ مكررة — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٩ — تالير موجز القانون التجاري طبعة ثامنة فقرة ٣٠٩٧ .

(٣) انظر في جواز أن يكون الالتزام الطبيعي محلاً للتجديد : أوبري ورو ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٤ — بودري وبارد ٢ — فقرة ١٦٧٨ — بيدان ولاجاود ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٢ — ص ٥٠٣ — جوران ٢ فقرة ٩١٦ — والتون ١ ص ٣٦ — ص ٣٨ — وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ الحاماة ١٦ رقم ٤١٢ ص ٨٩٨ — استئناف مخطط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٦٧ — ٢٢ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٥١ . ومن ثم نرى أن القضاء المصري ، في عهد التقنين السابق ، كان يفسر حل هذا الرأي . وانظر أيضاً المادة ٦ من تقنين الموجبات والنفوذ البناني ، وهي تصرح بأن تحويل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني لا يمكن أن ينشأ إلا عن تجديد الصلح .

الحديث في الفقه ، واعتبر الوعد بوفاء التزام طبيعي إنشاء لالتزام منفى سببه هو الالتزام الطبيعي ذاته . وبذلك يكون من آثار الالتزام الطبيعي أنه يصلح سبباً (cause) لإنشاء التزام منفى<sup>(١)</sup> . فإذا وعد المدين في التزام طبيعي دائته بوفاء الالتزام ، كان هذا الوعد ملزماً للمدين<sup>(٢)</sup> ، وأجبر هذا على تنفيذ التزامه إذ يصبح التزاماً مدنياً توافرت فيه كل أركانه من رضا ومحل وسبب .

ولما كان الوعد بوفاء التزام طبيعي ، كالوفاء الاختياري بهذا الالتزام ، لا يعتبر تبرعاً ، فهو لا يخضع لأحكام التبوع ، بل لأحكام المعاوضات ، من حيث الشكل ومن حيث الموضوع ، شأنه في ذلك شأن الوفاء الاختياري فيما قلّمناه<sup>(٣)</sup> .

٤٠٢ - **لخصائص التزام طبيعي في التزام منفى : تقتصر آثار الالتزام الطبيعي على جواز الوفاء الاختياري به وعلى جواز الوعد بالوفاء ، وذلك على النحو الذي قلّمناه . ففي هاتين الصورتين لم يجبر المدين على الوفاء بالتزام الطبيعي ، بل أداه مختاراً وهو على بيته من أمره .**

(١) كولان وكامبتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٦٩ — بلانيسول ورغير وودوان ٧ فقرة ٩٩٣ — بلانيسول ورغير وبولانجييه ٢ فقرة ١٣٣٧ — دي باج ٣ فقرة ٦٣ — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهدي في هذا الصدد ما يأتي : « وقد انقسم الفقه بشأن ماهية هذا الاعتراف ، فلم يكن بد من أن يقطع المشروع برأى في هذا الخلاف . والحق أن الاعتراف لا ينطوي على تعهد يتقلب من جرائه الالتزام الطبيعي التزاماً مدنياً ، بل هو إنفساد لالتزام منفى يقوم الالتزام الطبيعي به مقام السبب» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٣) . (٢) ولرأى الراجع في الفقه أن هذا الوعد يتم بإرادة المدين المنفردة دون حاجة إلى قبول الدائن ، ومن ثم يجوز لدائن هذا الدائن أن يوقضا سجزاً تحت يد المدين بمجرد أن يصدر منه الوعد دون انتظار لقبول الدائن (بلانيسول ورغير وودوان ٧ فقرة ٩٩٤ — دي باج ٣ فقرة ٤٢) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهدي في مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٥٠٣ — الموجز المؤلف فقرة ٤٦٢ — ومن ثم لا يشترط شكل خاص في الوعد بالوفاء كما يشترط ذلك في الهبة . كذلك لا تطلب أهلية المبرع ، ويكتفى بأهلية المصروف (بيدان ولاجارو ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٢ حاشي رقم ٣) . ويجبر المدين قضاء ، بعد صدور الوعد بالوفاء ، على تنفيذ هذا الوعد . وإذا صدر الوعد في مرض الموت لا يعتبر تبرعاً إذا أثبت الدائن أنه قصد به الوفاء بالتزام طبيعي . أما بالنسبة إلى الدعوى البولسية ، فيجبر الوعد بالوفاء تبرعاً ، شأنه في ذلك شأن الوفاء الاختياري .

لما إجبار المدعى على الوفاء فلا يجوز في الالتزام الطبيعي ، ولو كان ذلك بطريق غير مباشر . ولما كانت المقاصة القانونية تتضمن وفاء إجبارياً للمدين ، لأن المدعى يجد نفسه بمقتضى هذه المقاصة قد أدى ما عليه من الدين بما ثبت له من حق في ذمة دائته دون أن يكون مختاراً في ذلك ، فإن المدعى في التزام طبيعي إذا كان له في الوقت ذاته حق مدنى في ذمة دائته ، فحقه هذا لا يقتضى بالمقاصة القانونية في مقابلة التزامه الطبيعي ، وإلا كان في هذا إجبار له على الوفاء بالتزامه الطبيعي ، وهذا لا يجوز<sup>(١)</sup> .

على أن قواعد المقاصة القانونية ذاتها تقتضى بذلك ، فمن شروطها أن يتساوى الدينان المتقاصان قوة وضمناً ، فلا يقاس التزام طبيعي في التزام مدنى<sup>(٢)</sup> . ولكن يجوز بداهة أن يتمسك الدائن ، إذا كان الحق الذى له حقاً مدنياً ، بالمقاصة بين حقه هذا والتزام طبيعى في ذمته لمدينه ، إذ هو في هذه الصورة إنما يوفى بالتزامه الطبيعي اختياراً لا إجباراً<sup>(٣)</sup> .

وقد كان المشروع التمهيدى للتفتيش الملفى الجديد يتضمن نصاً صريحاً في عدم جواز مقاصة الالتزام الطبيعى بالتزام مدنى . فكانت الفقرة الأولى من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع تنص على أنه « لا يقاس التزام طبيعى في التزام

---

(١) وقد كان القانون الرومانى يميز المقاصة ما بين التزام طبيعى والتزام مدنى . وهنا أيضاً نرى هذا القانون يتوسع في آثار الالتزام الطبيعى ، كما فعل عندما منع استرداد الوفاء بالتزام طبيعى ولو كان الوفاء من غلط .

(٢) أما المقاصة التفاضلية — وهى وفاء اختيارى — فتجوز بين التزام طبيعى والتزام مدنى (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨١ — بلاتويل وريير ودودان ٧ فقرة ٩٩٧) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية جزء ٢ ص ٥٠٢ حاشى رقم ١ — وحل تجوز المقاصة القانونية بين التزامين طبيعيين ؟ لا ترى جواز ذلك ، لأن المقاصة القانونية لا تزال تتضمن هنا وفاء إجبارياً ، وقد يكون أحد الدينين أو كليهما لا يريد الوفاء مختاراً بالتزامه الطبيعي للاعتراف . ويترتب على ذلك التمييزان الآتيان : (أولاً) إذا لم ينف أى من المدينين بالتزامه الطبيعي مختاراً لم يجبر على ذلك ، ولا يختلف هذا الوضع من الوضع الذى تقع فيه المقاصة إلا في أن حالة المقاصة تسقط للمدينين أما في الوضع الأول فيبقى الدينان تأميين وإن كان لا يجبر أحد من المدينين على الوفاء به (ثانياً) إذا وفى أحد المدينين للاعتراف بالتزامه الطبيعي مختاراً ولم يرد الاعتراف أن يوفى هو أيضاً بالتزامه الطبيعي نحو الأول ، لم يسقط الأول أن يسترد ما وفاه به سوى أنه وفى بالتزام طبيعى يسقط بالمقاصة .



مدنى<sup>(١)</sup> . وقد حلت هذه الفقرة في لجنة المراجعة والإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة في المقامة<sup>(٢)</sup> .

٤٠٣ - لا يجوز كفالة الالتزام الطبيعى : كذلك لا يجوز كفالة الالتزام الطبيعى إذا كان يقصد بالكفالة أن يترتب في ذمة الكفيل التزام مدنى يضمن الدين الطبيعى المكفول<sup>(٣)</sup> . ذلك أن الكفالة على هذا النحو تضع سهلا لإجبار المدين على الوفاء بالالتزام الطبيعى عن طريق غير مباشر ، إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء ، ثم يرجع الكفيل على المدين الأصل ، فيكون للمدين بالتزام طبيعى قد أجبر في النهاية عن طريق غير مباشر على الوفاء بالالتزام ، وهذا لا يجوز<sup>(٤)</sup> .

أما الشبهة التى تقوم في شأن كفالة ناقص الأهلية فتندفع . ذلك أن المادة ٧٧٧ من القانون المدنى نصت على أن « من كفل التزام ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم يغضله المدين المكفول » . فهذا النص قد أجاز أن يلتزم شخص بتنفيذ التزام ناقص الأهلية

(١) وقد جاهد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا السداد ما يأتى : « لا يجوز أن يقاس التزام طبيعى في التزام مدنى ، لأن المقاسة ضرب من ضرب الوفاء القهرى . بيد أن الدائن أن يتسلط بوقوع المقاسة بين دينه المدنى ودين طبيعى يلزمه أداءه ، إذ تقصص في طلب المسودة يكون بمنزلة الوفاء اختياراً (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٥٠٢ حاشى رقم ١) .  
(٢) مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٥٠٢ حاشى رقم ١ .

(٣) وكما لا يجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة شخصية ، كذلك لا يجوز كفالة هذا الالتزام كفالة هيئة ، ولا يجوز ترتيب دين رضى أو دين حيازى لضمانه ، وذلك لنفس الأسباب التى لا تجوز من أجلها الكفالة الشخصية (حيك ٧ فقرة ٢٣٦ - بودوى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٧ - بلانويل وديبير وديوان ٧ فقرة ٩٩٦ - الموجز المؤلف من ٤٦٩ حاشى رقم ١ - فارن بيروار في السكفالة فقرة ٥٤ - يمان ولاجلارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٣ - ص ٥٠٤) .  
(٤) لوران ١٧ فقرة ٢٨ - أوبرى دور ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٥ - جوسران ٢ فقرة ٧١٥ - فارن بودوى وبارد ٢ فقرة ١٦٧٦ - يمان ولاجلارد ٨ فقرة ٦٨٩ ص ٥٠٣ - ص ٥٠٤ ، وقست محكمة الاستئناف الخطط بجواز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة يترتب بموجبها في ذمة الكفيل التزام مدنى (استئناف غطط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٢) .  
وقد كان لقانون الرومان ، هنا أيضاً ، ميزة كفالة الالتزام الطبيعى بالتزام مدنى . وهذا وجه ثالث لتبرع القانون الرومان في آثار الالتزام الطبيعى ، وقد رأينا المرجعين الأولين في منح الاسترداد ولو كان الوفاء من غلط وفى مقامة الالتزام الطبيعى بالتزام مدنى .

إذا تمسك هذا بنقص أهليته . وليست هذه كفالة تبعية بلغنى المألوف ، بل هي التزام أصل أخذه على نفسه من تسمى بالكفيل ، وعلقه على شرط وانقضى هو أن يتمسك ناقص الأهلية بنقص أهليته ليتخلص من تنفيذ التزامه<sup>(١)</sup> .  
على أنه يجوز أن يكفل الكفيل التزاماً طبيعياً وتكون كفالته تبعية لا التزاماً أصلياً ، ولكن التزام الكفيل في هذه الحالة يكون هو أيضاً التزاماً طبيعياً كالتزام المكفول ، إذ لا يجوز أن تكون الكفالة بشروط أشد من شروط الدين للمكفول (م ٧٨٠ مدني) . ويحقق هذا الفرض فيها إذا كفل الكفيل ناقص الأهلية دون أن يكون حلاً بنقص أهليته ، فعند ذلك يجوز للكفيل أن يتمسك بالذرع التي يتمسك بها المدين الأصلي (م ٧٨٢ فقرة أولى مدني) ، ومنها الدفع بنقص الأهلية<sup>(٢)</sup> ، فيقلب كل من التزام المكفول ناقص الأهلية والتزام الكفيل التزاماً طبيعياً . ولا يجر أحد منهما على الوفاء بالتزامه ، لكن إذا وفاء غتاراً لم يجر له استرداد . فان كان الذي وفى التزامه غتاراً هو المكفول ناقص الأهلية فقد قضى التزامه والتزام الكفيل معاً ، لأن التزام الكفيل الطبيعي تبع لالتزام المكفول . وإن كان الذي وفى التزامه غتاراً هو الكفيل ، فقد قضى التزامه هو ولا يستطيع أن يسترده ، كما لا يستطيع الرجوع على المكفول ناقص الأهلية بما وفى ، لأن التزام المكفول التزام طبعياً كما قلنا لا يجر على وفائه ولو بطريق غير مباشر<sup>(٣)</sup> .

(١) انظر أيضاً فقرة ٢٩٥ في الملاحق .

(٢) وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٧٨٢ من القانون المدني بأنه «إذا كان الوجه الذي يجمع به المدين هو نقص أهليته ، وكان الكفيل حلاً بنفسه وقت التصديق ، فليس له أن يجمع هذا الوجه . ويستعصم ، بطريق العكس ، من هذا النص أن الكفيل إذا لم يكن حلاً بنفسه أهلية المدين وقت التصديق كان له أن يجمع هذا الوجه . أما إذا كان حلاً بنفسه الأهلية - وهذا هو الفرض الذي ورد فيه النص - فانه يكون معتدله ككفل التزام ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته (م ٢٧٧ مدني) ، ويكون التزامه التزاماً أصلياً على النحر الذي نصت له المادة (قارب بلانيول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ١٣٢٩ - كولان وكايتان ومورانديو ٢ فقرة ٤٧٠ - وفلورن لوبري دوي ٤ فقرة ٢٩٧ ص ١٥ - بلانيول وريبير ودهوان ٧ فقرة ٩٩٥) .

(٣) أما إذا انقلب الالتزام الطبيعي لزاماً مدنياً عن طريق الوعد بالوفاء به على النحر الذي نصت له ، فانه يجوز كفالته بالتزام مدني ، شأنه في ذلك شأن أي التزام مدني آخر (قارب بلانيول وريبير ودهوان ٧ فقرة ٩٩٥ ص ٢٣٥) - ويعد هذا ضماناً بوفاء التزام طبعي أن يقدم المدين هذا الالتزام كفالة شخصية أو رهن أو كفالة مبنية (بلانيول وريبير ودهوان ٧ فقرة ٩٩٥ وقرة ٩٩٦ - الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٦٠ ص ٢٢٢ - وقارب بومدي وبودو ٢ فقرة ١٦٧٥) .

وقد كان للمشروع التمهيدى يتضمن نصاً صريحاً فى عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعى ، هو الفقرة الثانية من المادة ٢٧٨ من هذا المشروع ، إذ كانت تنص على أنه : « لا يجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة شخصية أو عينية ما دام التزاماً طبيعياً » (١) . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة ، لإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة فى الكفالة (٢) .

## ٥ (٢) - الالتزام المدنى

(Obligation civile)

٤٠٤ — التفسير مبرراً على المبرر : بعد أن فرغنا من الكلام فى الالتزام الطبيعى ، لم يعد أمامنا إلا أن نواجه الالتزام المدنى ، وهذه هى الصورة الثالثة للالتزام . وإذا ذكرنا منذ الآن الالتزام دون تحديد ، فالتنا لا تقصد به إلا الالتزام المدنى .

ولا يمكن حصر حالات الالتزام ، وإنما يحصر الالتزام بمصادره ، فهى

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يلى : « وكفالة لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى كفالة عينية أو شخصية — انظر مكرس المادة ٥٥٢ من المقتضى الأرجنتينى — ما يقى فى نطاق الواجبات الأدبية . ذلك أن الكفالة التزام تابع فلا يجوز ، والحال هذه ، أن تكون أفضل أثراً من الالتزام الأصيل . ولا وجه للقياس فى هذا الشأن على كفالة التزام ناقص الأهلية ، فهذه الكفالة يكون لها حكم القصة باعتبارها التزاماً أصيلاً لا تابعاً . وصلة القول إن كفالة الالتزام الطبيعى لا تصبح إلا إذا اعتترف به وألحق تقريباً على ذلك بالالتزامات المدنية (م ٢٧٧ من المشروع) . وعما هو جدير بالذكر أن القانون الرومانى يميز كفالة الالتزام الطبيعى كما يميز القصاص فيه ، على خلاف ما هو متبع فى القانون الحديث » ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٥٥٢ هامش رقم ١ ) .

(٢) مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٥٠٢ هامش رقم ١ — هذا ولا يجوز نقل التزام طبيعى من ذمة إلى ذمة ، ولا ينتقل الالتزام الطبيعى من ذمة المورث إلى ذمة المورث حتى فى القانون الفرنسى الذى تقتل فيه الميرون بالميراث . وعند القائلين بأن أهلية الباطلة ليس فى الشكل يختلف منها التزام طبيعى فى ذمة وريثة الزاوي ، يكون هذا الالتزام الطبيعى أصيلاً فى ذمة الورثة فهو قد نشأ ابتداءً فى ذمتهم ولم ينتقل إليهم من المورث . انظر فى ذلك : بلاكول وديوير وديلانجيه ٢ فقرة ١٣٤٠ — وفارون : جوسبان ٢ فقرة ٧١٦ .

العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون، وقد تقدم بيانها تفصيلاً في الجزء الأول من هذا الكتاب .

والذي يميز الالتزام اللغوي من الالتزام الطبيعي هو، كما قلنا ، أن الالتزام اللغوي يفرض جبراً على المدين ( م ١٩٩ فقرة أول مدني ) . ذلك أن هذا الالتزام يجمع فيه، كما سبق القول، عنصراً المديونية والمسئولية ، فالمديونية تميز الوفاء به كما في الالتزام الطبيعي ، والمسئولية تجبر على الوفاء به خلافاً للالتزام الطبيعي . وقد رأينا فيما تقدم أن تنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً عينياً ، وإما أن يكون تنفيذاً بمقابل عن طريق التصويض . ورأينا أن القاعدة الجوهريّة في هذا الموضوع أن أموال المدين جميعاً تكفل تنفيذ التزاماته .

فتمالج إذن - استعراضاً لآثار الالتزام - هذه الموضوعات الثلاثة في أبواب ثلاثة :

الباب الأول : التنفيذ العيني .

الباب الثاني : التنفيذ بطريق التصويض .

الباب الثالث : القاعدة التي تقضي بأن أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته ، وما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان .

# الباب الأول

## التنفيذ العيني

(Exécution en nature — Exécution directe)

٤٠٥ - متى يكون التنفيذ العيني وكيف يكونه : نبيناً بيان متى يكون التنفيذ العيني للالتزام ، ثم نذكر كيف يكون هذا التنفيذ .

## الفصل الأول

### مى يكون التنفيذ العيني

٤٠٦ - انصوص القانونية : تنص المادة ٤٠٣ من التنفيذ المدنى على

ما يأتى :

١ - يجبر للمدين ، بعد إعلانه طبقاً لقاعدتين ٢٢٠ و ٢٢١ على تنفيذ التزامه تنفيذاً جبرياً ، متى كان ذلك ممكناً .

٢ - على أنه إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاب فى المدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض تقضى ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدين ضرراً جسيماً<sup>(١)</sup> .

ولما قبل هذا النص فى التنفيذ المدنى السابق . ولكن حكم الفقرة الأولى كان

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٧٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى أسطر عليه فى التنفيذ الجبرية ، لها عدة مميزات تقنية طفيفة أزلتها لجنة المراجعة ، وأصبح رقم النص المادة ٢٠٩ من المشروع الجبال . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ ذكر أن الفقرة الثانية تتضمن فكرة جديدة هى استثناء من القاعدة العامة فى وجوب الوفاء من طريق التنفيذ العينى . وهذا الاستثناء يفرص عنه إقامة المالك بناء خلافاً لما يفرص عليه التزام سابق أو ارتفاق بعدم البناء ، وهذا أمر كثير الوقوع فى مصر . فمن واجب القاضى فى هذا المقام منه المطالبة بالتنفيذ العينى أن يوازن بين مصالح قوى الشأن ، وأن يظاير تحصيل المدين قضايته جساماً دوماً لضرر طفيف . وذكر أيضاً أن إدارة التقاضيات فى كثير من محافظات التنظيم كانت تطبق هذا الحكم ، وتقضى بعدم تنفيذ حكم المطالبة للمصلحة العامة ، ولا يلهم من هذا أن النص يميز للقاضى الجنائى الحكم بالفرامة دون الإزالة لأن الإزالة مطوية ، فلتاخذ تطبيق النص هو المحاملات المدنية . وقد أزال هذا القول الشبهة التى قامت من أن القاضى الجنائى قد يحكم بالفرامة دون الإزالة بسبب المصلحة العامة . واقترح أن يوصف الإرهاب المذكور فى الفقرة الثانية ، فأجيب بأن المراد بالإرهاب العنف الشديد ولا لزوم لوصف لأن الأمر مقرون لتقدير القاضى . ثم أريد الاعتراض على الفقرة الثانية ، فأجيب بأن حكمها ساعد ما أسطر عليه القضاء إذ أنه بالرغم من عدم وجود هذا النص قد أخذ به . وسار عليه وفى سبيل ذلك خرج على نصوص التشريع ، فالشيوخ لم يأت بجديد بل تبن ماسار عليه القضاء . واثبتت اللجنة بالموافقة على المادة وأصبح رقمها ٢٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال) المصغرية ٢ ص ٥٠٩ - ١٠١٣ .

معمولا به دون نص ، أما حكم الفقرة الثانية فستحدث وهو مقول عن التفتين  
الألماني<sup>(١)</sup> .

ويقابل هذا النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى ، في التفتين للمدن  
السوري المادة ٢٠٤ ، وفي التفتين المدني العراقي المادة ٢٤٦ ، وفي التفتين المدني  
الليبي المادة ٢٠٦ ، وفي تفتين الموجبات والمقود البناني المادة ٢٤٩<sup>(٢)</sup> .

٤٠٧- شروط أربعة : ويستخلص من النص المتقدم أن هناك شروطاً  
أربعة لاقتضاء التنفيذ المعنى :

(أولاً) أن يكون التنفيذ المعنى ممكناً .

(ثانياً) أن يطلبه الدائن أو يتقدم به المدين .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يلى : «الأصل أن  
الدائن المطالبة بتنفيذ الالتزام حيناً وللمدين مرض القيام بذلك مابقى هذا التنفيذ ممكناً . ولم يشتر  
المشروع من هذه القاعدة إلا حالة واحدة ، استند حكمها عن التفتين الألماني ، فإذا لم يكن التنفيذ  
للمنى مسوراً إلا ببذل نفقات لاكتساب مع ماينجم من ضرر من جراء التخلّف من الوفاء حيناً ،  
انقصر حق الدائن استثناء على اقتضاء التمهيدى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦) .

على أن هذا النص المستحدث ليس في الواقع إلا تفتيناً لما جرى عليه القضاء المصري ، كما  
سبق القول . ولذلك يكون له ، باعتباره نملاً مفسراً ، أثر رجعي ، فهى على الحوادث  
التي تمت قبل نفاذ التفتين المثل الجديد .

(٢) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٢٠٤ (مطابقة لنص المادة  
٢٠٢ من التفتين المدني المصري) .

التفتين المدني العراقي م ٢٤٦ (مطابقة لنص المادة ٢٠٢ من التفتين المدني المصري ، فيها جذا  
أنها لا تنص على الإطارة) .

التفتين المدني للملكة الليبية المتحدة م ٢٠٦ (مطابقة لنص المادة ٢٠٢ من التفتين المدني  
المصري) .

تفتين الموجبات والمقود البناني م ٢٤٩ : يجب على قدر المصطاح أن ترق الموجبات حيناً ،  
إذ أن قدان حقاً مكتسباً في استيفاء موضوع الموجب بالذات . (والحكم يعلق مع حكم التفتين  
المصري ، حتى فيما يتعلق بمراكز التسويش إذا كان في التنفيذ المعنى إرهاباً للمدين ما دام نص  
التفتين البناني يضمن عبارة «على قدر المصطاح» ، ويمكن تفسيرها في ضوء من التوسع ، ومع ذلك  
فلنرد الدكتور سبى الحسماني في آثار الالتزام في قانون المدني البناني ص ٢ - ص ٤) .

(ثالثاً) ألا يكون فيه إرهاب للمدين ، أو يكون فيه إرهاب ولكن الحصول  
عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً .  
(رابعاً) أن يعلم المدين .

٤٠٨ - الشرط الأول - أنه يكون التنفيذ المعنى ممكناً : فإذا  
أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً ، سواء رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي أو كانت  
بخطأ المدين ، لم تعد هناك جدوى من المطالبة بالتنفيذ المعنى ، ورجع الدائن  
بالتعويض إذا كانت الاستحالة خطأ المدين ، أو انقضى الالتزام دون تعويض  
إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي . مثل ذلك هلاك الشيء محل الالتزام ،  
أو صيرورة العمل الذي التزم به المدين مستحيلاً .

ويعتبر التنفيذ المعنى غير ممكن إذا كان إجرائه يقتضى تدخل المدين  
الشخصي وبأي المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه ، ويتحقق ذلك على وجه خاص  
في عمل الرسام والممثل والفنان بوجه عام وفي كل عمل فني كممثل الطيب وعمل  
المهنتس . فإذا لم يلجأ القاضى إلى طريق التهديد المالى ، أو لجأ إليه ولم ينتج ،  
لم يبق إلا اعتبار التنفيذ المعنى غير ممكن ، ولا مناص إذن من مجاوزته والالتجاء  
إلى طريق التعويض .

أما في الالتزام بنقل حق معي (م ٢٠٤ مدنى) ، وفى الالتزام بعمل تسمح  
طبيعته أن يقوم حكم القاضى فيه مقام التنفيذ كتفويض وعد بالبيع (م ٢١٠ مدنى) ،  
فالتنفيذ المعنى ممكن بحكم القانون أو بحكم القاضى . وفى الالتزام بالامتناع عن  
عمل ، إذا أُعزل به المدين وأُقدم على العمل ، أصبح التنفيذ المعنى مستحيلاً ،  
ولكن التعويض المعنى - بإزالة ما وقع مخالفاً للالتزام (م ٢١٢ مدنى) - قد  
يكون ممكناً ، وقد يضاف إليه تعويض تقضى عن الضرر الذى حدث بفعل  
المدين .

فامكان التنفيذ المعنى يرجع إذن إلى طبيعة الالتزام ومداه والوسائل المادية  
اللازمة لهذا التنفيذ<sup>(١)</sup>

(١) بيان ولا جرد ٨ لقرة ٤٤١ .



وكثيراً ما ترجع الاستحالة إلى ميعاد تنفيذ الالتزام - فذلك أن الالتزام قد لا يكون في تنفيذه جلوى إذا جاوز التنفيذ مياعداً معيناً ، كمثال تختلف عن التمثيل في الميعاد المحدد ، وكادارة معرض لم تقدم لأحد المعارضين مكاناً معرض التزم بتقديمه حتى انقضت أيام العرض . فإذا فات الميعاد الذي يجري فيه تنفيذ الالتزام ، أصبح التنفيذ العيني غير ممكن حكماً ، ولا مناص إذن من الاقتصار على طلب التعويض . وفي غير الحالة المتقدمة ، قد لا يحدد ميعاد التنفيذ ، فيستطيع الدائن حينئذ أن يحدد للمدين مياعداً مناسباً وينتزه في الوقت ذاته أنه لن يقبل الوفاء إذا جاوز هذا الميعاد ، فيمتنع التنفيذ العيني بعد هذا الميعاد إلا إذا أثبت المدين ألا ضرر منه على الدائن (١) .

#### ٤٠٩ - الشرط الثاني - أنه يطلب المدين التنفيذ العيني أو يتفرم

به المبرر : إذا طلب الدائن التنفيذ العيني ، وكان ممكناً ، فليس للمدين أن يمتنع عن ذلك مقتصر على التقدم بتعويض ، بل يجبر على التنفيذ العيني أى على أداء عين ما التزم به (in specie, ad rem ipsam) (٢) . وكذلك إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني - ويكون في هذه الحالة ممكناً بطبيعة الحال - فليس للدائن أن يرفضه ويطلب التعويض مكانه ، بل تبرأ ذمة المدين بالتنفيذ العيني الكامل ،

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « بقي بعد ذلك تحديد فكرة إمكان التنفيذ ، التي يسوغ القول بأن تنفيذ الالتزام عيناً يدخل في حدود الإمكان ، ولا سيما فيما يتعلق بميعاد التنفيذ ؟ إذا لم يحدد ميعاد للتنفيذ جاز الوفاء عيناً مادامت الظروف تسمح به ، دون أن يمثل ذلك بذمة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض من التأخير . ويصعب التفتين الألمان للدين وسيلة لقطع الشك باليقين في مثل هذه الحالة . فيصح له أن يحدد للمدين مياعداً مناسباً للوفاء عيناً ، وأن يشفع هذا التمهيد لإبلاغه أنه لن يقبل من وفاءه بعد انقضاء هذا الميعاد ( انظر المادة ٢٥٠ من القانونين الألمان ) . وليس ثمة ما يمنع انقضاء من الفصل بطلان الحكم دون حاجة إلى الاستناد إلى نص تشريعي خاص . أما إذا حدد ميعاد للتنفيذ فالمرحوض أن الوفاء العيني يمتنع بعد انقضاء هذا الميعاد ، إلا أن يتجه ذو الشأن للتحليل على عكس ذلك » (مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ٥١٠) .

(٢) استئناف مخطوط ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ١٠ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٢٩ - ١٧ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٢ - ٥ يونيو سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٣٥٨ .

وعنى به الدائن أو أباه (١).

فإذا لم يطلب الدائن التنفيذ العيني - حتى إذا كان ممكناً - وانحصر على طلب التعويض ، ولم يعرض المدين مع جبهته أن يقوم بتنفيذ التزامه عينياً ، فإنه يستعاض عن التنفيذ العيني بالتعويض . ويقوم هذا على أساس اتفاق ضمني بين الدائن والمدين ، فإدام الدائن لم يطلب التنفيذ العيني وطلب التعويض فكانه ارتضى هذا مكان ذلك ، وما دام المدين لم يعرض التنفيذ العيني فكانه قبل أن يدفع التعويض مكانه ، فيقع الاتفاق بين الجانبين على التعويض عوضاً عن التنفيذ العيني (٢).

ونرى من ذلك أن التعويض ليس التزاماً تخييرياً أو التزاماً ببدلياً بجانب التنفيذ العيني . فليس للالتزام إلا محل واحد ، هو عين ما التزم به المدين أى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد قرر - أن من حل المسئلة استرداد استقلالها ، فلها أن تستردا وأن تطالب بقيمتها إذا لم توجد ، ولكنها لم تفعل هذا ، بل طلبت من أول الأمر الحكم لها بقيمتها دون أن تكتف ضماحها أو تطلب المصروف عليها ، مع أنه كان ينبغي أن تطالب الحكم لها بتسليمها إليها عيناً ، فلذا تطرد ذلك حق لها المطالبة بقيمتها . وهذا لا ينمنا من المطالبة من جديد بهذه المقتولات عيناً إذا شامت ، ، فإن هذا الحق قرره الحكم لا يجب فيه ، ذلك بأن ما جاء بصيغة دعوى الطاعة من تكليفها المظنون عليه بتسليمها هذه المقتولات لا يمتو أن يكون إنذاراً منها له بذلك لم يفتقر بطلب الحكم بتسليمها عيناً ( نقض مدني ١٢ يونيو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٧ ص ١١٨٧ ) .

وكالتنفيذ العيني التعويض العيني ، وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن التعويض العيني من اللحل الفسار هو الأصل ، ولا يصار إلى عرضه أى التعويض النقدي إلا إذا استحال التعويض عينياً . فلذا رفع المصروف دعواه مطالباً بتعويض نقدي ، وعرض عليه المدعي عليه التعويض عينياً - كرد التمه المنصب - وجب قبول ما عرضه ، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هي أعلمت بموجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعي ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدي . وحل ذلك فلذا استولت جهة الإدارة على عقار دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية ، فقامت لها الملك مطالباً بقيمة العقار ، وأبدت الإدارة أثناء سير المعنى استعمالها أن ترد الأرض المنصبة ، وقضت المحكمة للمدعي بقيمة الأرض دون أن تعتبر باستعداد المدعي عليه الرد ودون أن تنظر استحالة الرد أو جدية الاستعداد له ، فإن حكمها يكون قد خالف للقانون ( نقض مدني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٢ ص ٦٨٢ ) .

(٢) هذا وإذا طلب الدائن التعويض ، فله قبل الحكم أن يمدد من إلى طلب التنفيذ العيني إذا كان هذا التنفيذ ممكناً . وكذلك إذا طلب تنفيذ العيني ، فللمفروض أنه طلب فسخاً قصصيص إذا تطرد التنفيذ العيني ، فلذا قضى له في هذه الحالة بالتعويض فلا يبعد هذا تفه بما لم يطلبه الحكم ) بالنيول وريير ورومان ٧ فقرة ٧٨٢ - يهان ولا جارد ٨ فقرة ٤٣٩ ص ٣١٩ ) .

التنفيذ المبني . ولا يملك الدائن وحده أو المدين وحده أن يخطر التعويض دون التنفيذ المبني ، فالتعويض إذن ليس بالتزام تخيري . ولا يملك المدين وحده أن يقدم بالتعويض بدلاً من التنفيذ المبني ، فالتعويض إذن ليس بالتزام بدلي <sup>(١)</sup> . ولكن يجوز أن يستبدل بالتنفيذ المبني التعويض التقدي ، لا بإرادة الدائن وحده ، ولا بإرادة المدين وحده ، ولكن باتفاقهما معاً إذا بقي التنفيذ المبني ممكناً ، أو بحكم القانون إذا أصبح التنفيذ المبني مستحيلاً بخطأ المدين . وفي هاتين الحالتين لا يكون التعويض التقدي إلا بديلاً عن التنفيذ المبني ، فالالتزام هو هو لم يتغير ، وإنما استبدل بمحل عمل آخر باتفاق الطرفين أو بحكم القانون <sup>(٢)</sup> . أما إذا أصبح

(١) وقد رأينا أن المبرور للزام بدلي ، أما الشرط الجزائي - وهو تعويض قدره الطرفان - فليس بالتزام بدلي ولا التزام تخيري، فإنه في ذلك فإن التعويض (الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٩ حاشي رقم ١) .

(٢) ويترتب على ذلك أن الضمانات التي تكفل الالتزام في تنفيذه المبني تبق لتكفل التعويض التقدي متى ما عمل على التنفيذ المبني (برودي وهارد ١ فقرة ٤٤١ - بلانويك وروبير وجابورله ٧ فقرة ٨٢١ ص ١٤٧ وفقرة ٨٧٢ - دي باج ٢ فقرة ٩٨ - الدكتور حسن القنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣١ - وقانون مازو في المسؤولية ١ فقرة ١٠٠ . وانظر الأستاذ اساميل خانم في أحكام الالتزام فقرة ٥٩ ص ٧٩ حاشي رقم ١) .

وهذه جهة في الموجز المؤلف في هذا المسأله ما يأتي : ه أن عمل الالتزام هو التنفيذ المبني لا التعويض . وهو ما يجب أن يطالب به الدائن بصفة أصلية . وهو ما يجب أيضاً أن يعرضه المدين على الدائن إذا أراد براءة ذمته من المدين . فإدام التنفيذ المبني ممكناً فإن التعويض لا يكون التزاماً تخيرياً ولا التزاماً بدلياً - فإذا أصبح التنفيذ المبني مستحيلاً ، وأصبح المدين مستولاً عن التعويض ، فليس من ذلك أن الالتزام بالتنفيذ المبني قد انقضى وحل محله التزام جديد بالتعويض . بل إن التزام المدين واحد لم يتغير ، والذي تغير هو عمل الالتزام ، فبعد أن كان تنظيماً حيناً أصبح تعويضاً ، فبقى الضمانات التي كانت تكفل التنفيذ المبني ككفالة التعويض (الموجز فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٩) .

وقول المذكرة الإيضاحية المشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتي : ه إذا كان تنفيذ الالتزام يعمل في حدود الإمكان ، فن حق الدائن أن يستأديه ، ومن حق المدين أن يعرض للقيام به . وليس يجوز للمدين من هذا التنفيذ إلى طريق التعويض إلا بتراضيه المتبادلين . ذلك أن التعويض لا يتزل من التنفيذ المبني منزلة التزام تخيري أو التزام بدلي . فهو ليس موكلوا للتخير ، لأن رخصة المدين من الوفاء حيناً إلى الوفاء بمتقابل غير ثابتة لأي من المتصلقين ، سواء في ذلك الدائن أو المدين . فن واجب الأول أن يرضى الوفاء حيناً ، ومن واجب الثاني قبول هذا الوفاء . وهو ليس بالقبول ، لأن المدين لا يملك عرض الوفاء التقدي ما بقي الوفاء المبني ممكناً ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٥١٠ ) .

التنفيذ العيني مستحيلاً بغير خطأ المدّين، فقد انقضى الالتزام، لأنّ عليه أصبح مستحيلاً باستحالة التنفيذ العيني، ولأنّه لا محلّ للتعويض النقدي لانقضاء المسؤولية.

#### ٤١٠ - الشرط الثالث - أنه يكون في التنفيذ العيني إرهاب

للمدّين، أو يكون فيه إرهاب ولكن الصول عنه بلحس بالدرامات ضرراً جسيماً: وقد يكون التنفيذ العيني ممكناً، ومع ذلك يمدل عنه المدّين بإرادته وحده، ويقتصر على دفع تعويض نقدي، على أن يتوافر لذلك شرطان:

(أولاً) أن يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدّين. والإرهاب ينطوي على معنى العنت الشديد، ولا يكفي فيه مجرد العسر والكلفة والضيق، بل يجب أن يكون التنفيذ العيني من شأنه أن يلحق بالمدّين خسارة جسيمة فادحة، ويترك التقدير في ذلك للقاضي<sup>(١)</sup>. وشرط الإرهاب هذا تطبيق من تطبيقات نظرية الضرورة، وقد رأينا تطبيقات مماثلة في عقود الإذعان وفي الظروف الطارئة وفي مواطن أخرى كثيرة<sup>(٢)</sup>.

(ثانياً) ألا يلحق الدائن من جراء المدلول عن التنفيذ العيني إلى التعويض ضرر جسيم، فلا يكفي إذن أن يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدّين، بل يجب أيضاً ألا يصاب الدائن بضرر جسيم من جراء عدم التنفيذ العيني والاقتصار على التعويض. والتوازن هنا مطلوب بين المصالح المتعارضة، مصالح المدّين ومصالح الدائن. فإذا أمكن تفادي إرهاب المدّين، ولو بضرر يسير يصيب الدائن،

(١) وقد رأينا في تاريخ نص المادة ٢٠٣ (انظر آنفاً فقرة ٤٠٦ في الهامش)، في المناقشات التي دارت في لجنة مجلس الشيوخ، أن المراد بالإرهاب العنت الشديد، ولا لزوم الوصف لأن الأمر متروك للقاضي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٢).

(٢) وفي فرنسا يذهب القضاء إلى جواز الحكم بالتعويض حتى لو كان التنفيذ العيني ممكناً، إذا تبين من الظروف أن التنفيذ العيني يكون مرفحاً للمدّين أو الغير وأن الدائن يتألم ترضية كاملة بالتعويض (نقش فرنسي ٢٥ يولييه سنة ١٩٢٢ سيريه ٢٣ - ١ - ١١١ - انظر في هذا الحس بلانوي وريبير وودوان ٧ فقرة ٧٨٣ - وقارن بودوي وبارد ١ فقرة ١٢٨).

ويمكن إرجاع ذلك إلى نظرية التصف في استمال الحق، فمن حق الدائن أن يطلب التنفيذ العيني ما دام ممكناً، ولكنه يكون متصفاً في هذا الطلب، فلا يجب إليه، إذا تبين من الظروف أن التنفيذ العيني مرفح للمدّين أو الغير دون أن تكون هناك فائدة منه تعود على الدائن (الموجز ص ١٢٩ حاشي رقم ١).

جاء أن يحل التمييز التقدي على التنفيذ العيني . لما إذا كان التنفيذ العيني لا يترتب عليه إرهاب شديد للمدين ، أو ترتب عليه هذا الإرهاب ولكن المدول عنه إلى التمييز يلحق بالدائن ضرراً جسيماً ، وجب الرجوع إلى الأصل ، وهو وجوب التنفيذ العيني دون التمييز ، وذلك حتى ينال الدائن حقه كاملاً ، ما دام المدين لا يرهق من جراء ذلك ، أو حتى يتدفع عن الدائن الضرر الجسيم الذي يصيبه من جراء عدم التنفيذ العيني . وإذا كان لا بد من إرهاب المدين أو تحميل الدائن ضرراً جسيماً ، فالأولى بالرعاية هو الدائن ، لأنه إنما يطالب بحقه في غير نصف .

ومن التطبيقات الظاهرة للقاعدة التي نحن بصدد ما ورد في المادة ١٠١٨ من الترتيب المدني ، وتنص على ما يأتي : ١ - إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقبته ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة المقار التي فرضت لمصلحتها هذه القيود ، هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره . ٢ - وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتمييز إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك . فهنا يقضى بالنص بالاقتصار على التمييز دون التنفيذ العيني - والتنفيذ العيني هو هدم البناء (١) - إذا رأى القاضى ما يبرر ذلك . والقاضى يرى مبرراً لذلك إذا كان المدم يرهق المدين في الوقت الذي لا يلحق فيه إبقاء البناء ضرراً جسيماً بالدائن (٢) . وقد كان القضاء المصري ، في عهد الترتيب السابق ، يسير

---

(١) سرى عنه الكلام في الالتزام بالاعتناع من عمل أن تنفيذ هذا الالتزام تنفيذاً عيانياً بعد وقوع الإخلال به إنما هو الحقيقة تمييز عني لا تنفيذ عيني . ولكن التمييز العيني ، فيه إنما يصدده من قاعدة ، لا يخلف عن التنفيذ العيني .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي : في هذا السند ما يأتي : « وقد استلحق المشروع حالة واحدة من حكم قاعدة عدم جواز المدول إلى طريق التمييز ما يقع التنفيذ العيني فكأن ، مقتضى في ذلك بالترتيب الأمامي . فأباح للمدين أن يمسد إلى التمييز التقدي إذا كان يصيبه من وراء التنفيذ العيني ضرر فادح لا يتناسب مع ما يحق للدائن من جراء المخلف عن الوفاء منها . وفي هذه الحالة لا يسوغ للدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني ، بل يقتصر حقه على المطالبة بأداء التمييز الواجب له . وقد تقدمت الإشارة إلى تطبيق حكم من تطبيقات هذا الاستثناء ، يبرر من إقامة المالك بناء علواً لما يفرسه عليه التزام أو ارتفاق بدم البناء ، وهو أمر كبير لا يجرى في مصر . فن واجب القاضى في هذا المقام أن يوازن بين مصالح طرفي »

على هذه القاعدة دون نص لا تنافها مع قواعد المادة (٢).

ويستخلص مما تقدم أن التصويض يحل محل التنفيذ العيني إذا كان هذا مستحيلا ، أو كان ممكناً وافق الطرفان على التصويض ، أو لم يتفقا وكان التنفيذ العيني مرفقاً للمدين ولا يلحق المدول عنه ضرراً جسيماً بالدائن .

٤١١ - الشرط الرابع - اهتداء المدين : وإعذار المدين واجب في التنفيذ العيني إذا كان المقصود أن يكون هذا التنفيذ قهرياً بطريق الإكراه (م ٢٠٣ فقرة أولى مدني) أما إذا كان التنفيذ العيني يتحقق بحكم القضاة ، أو قام به المدين مختاراً غير مجبر ، فظاهر أنه لا حاجة إلى الإعذار في هاتين الحالتين .

وأكثر ما يكون الإعذار في المطالبة بالتصويض التقديري . ولكنه يكون أيضاً واجباً حتى لو كان المطلوب هو التنفيذ العيني (٣) . فإذا لم يقم الدائن بإعذار

== المكان وأن يحضر لتسليم الدين جسماً دمجاً لتصرفات مجموعة الأفعال المتضمنة ٢ ص ٥١٠ - ص ٥١١ ) .

(١) استئناف غلط ٢ يولي سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣ - وقارب : نفس صف ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة حر ١ رقم ٥١ ص ١٣٧ . وقد جاء في مناقشات لجنة الشيوخ - انظر تاريخ نص المادة ٢٠٣ في فقرة ٤٠٩ في الماشي - أن الحكم - ما عود ما استقر عليه القضاء ، فإنه بالرغم من عدم وجود هذا النص قد أخذ به وسار عليه ، وفي سبيل ذلك خرج من نصوص التشريع ، فالمفروض لم يأت بمجدي ، بل فن ما سار عليه القضاء ( مجموعة الأعمال المتضمنة ٢ ص ٥١٢ - ص ٥١٣ ) .

وانظر أيضاً نصين آخرين قريبين لأن يكونا تطبيقاً لنص المبدأ ، هما المادتان ٩٢٥ و ٩٢٨ فقد نصت المادة ٩٢٥ على ما يأتي : ١٥ - إذا كان من أقام المقتات المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يتغير بين أن يدفع قيمة المراء وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب ملك المقتات ، هذا ما لم يطلب صاحب المقتات تزيمها ٢٠٠ - إلا أنه إذا كانت المقتات قد بلغت حداً من الجسامه يرق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق منها ، كان له أن يطلب تسليم الأرض لمن أقام المقتات نظير تمويض عادل . ونصت المادة ٩٢٨ على ما يأتي : إذا كان ملك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جاز بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للملك إذا رأت ملاءمة لذلك أن يجبر صاحب هذه الأرض على أن يتزل بملء من ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك نظير تمويض عادل .

(٢) انظر في ضرورة الإظهار في عهد المدينين للمنف السابق : استئناف غلط ٢٠ مارس =

المدين قبل مطالبته قضائياً بالتنفيذ العيني ، جاز للمدين ، حتى بعد المطالبة القضائية ، أن يتقدم للدائن بالتنفيذ العيني ، فيخسر الدائن في هذه الحالة مصروفات التقاضي ، ولا يصح كذلك أن يطالب الدائن المدين بتعويض عن تأخره في تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، لأنه لم يخلو قبل المطالبة القضائية . على أن المطالبة القضائية ذاتها تعتبر إحدراً ، فيجب على المدين أن يبادر إلى تنفيذ التزامه بمجرد أن توجه له المطالبة القضائية ، وإلا كان مستولاً عن تأخره .

ولما كان الإحذار إنمّا يكثر وقوعه عند المطالبة بالتعويض التقدي ، فترجى الكلام في كفيته وفي الآثار التي تترتب عليه إلى المكان الذي نتكلم فيه عن التنفيذ بطريق التعويض .

---

سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ - ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٢ - وانظر في عدم ضرورة الإحذار في ذلك العهد أيضاً : استئناف غخط ٣٠ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠١ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٩٧ - ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٣٠ - ونرى من ذلك أن القضاء كان متقياً في هذه المسألة في عهد التقنين المدني السابق ، أما التقنين المدني الجديد فقد حسم الخلاف بنص صريح إذ أوجب الإحذار عند المطالبة بالتنفيذ العيني ( م ٢٠٣ ، فقرة أولى ) ، ومن ثم لا يلغى إلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد من أنقاض لذلك ، فقد جاء في هذه المذكرة ما يأتي : « لا ضرورة للإحذار إذا كان الدائن يطالب بالوفاء عيناً لا بالوفاء بمقابل » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٠ ) .

وانظر في ضرورة الإحذار في جميع الأحوال ، سواء كان الدائن يطالب بالتنفيذ العيني أو بالتعويض من التأخير أو بالتعويض عن عدم التنفيذ : دى باج ٣ فقرة ٧٣ - فقرة ٧٤ - عل أننا سنعود إلى الإحذار عند المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ ، فإن الرأي منظم في ضرورة الإحذار في هذه الحالة

## الفصل الثاني

### كيف يكون التنفيذ العيني

٤١٢ - مآلاته : تتكلم هنا في مسألتين :

( أولاً ) موضوع التنفيذ العيني ( للمدينية ) .

( ثانياً ) وسائل التنفيذ العيني ( المسؤولية ) .

## الفرع الأول

### موضوع التنفيذ العيني

٤١٣ - تقسيم الالتزام بالنسبة إلى محله : موضوع التنفيذ العيني هو عين محل الالتزام . وقد رأينا أن الالتزام ينقسم ، بالنسبة إلى محله ، إلى أنواع ثلاثة :

(١) الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر .

(٢) الالتزام بعمل .

(٣) الالتزام بالامتناع عن عمل .

## المبحث الأول

### الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر

Obligation de donner

٤١٤ - مآلاته : يجب التمييز هنا بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يكون محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم .

(الحالة الثانية) أن يكون محل الالتزام شيئاً لم يعين إلا بنوعه .



## المطلب الأول

محل الالتزام شيء معين بالذات بملكية الملتزم

٤١٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني على

ما يأتي :

«الالتزام بنقل الملكية أو أي حق حقيقي آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إحلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل<sup>(١)</sup>».

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ١٤٥/٩١ و ١٤٦/٩٢ و ١٧٥/١١٨<sup>(٢)</sup>.

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٤٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٧ ، ولا مقابل له في تقنين الموجبات والمقود البتاني<sup>(٣)</sup>.

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٠ من المشروع انتهى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١٠ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، ثم جلس التبويب تحت رقم المادة ٢٠٤ (بصورة الأعمال التصديرية ٢ ص ٥١٤ - ص ٥١٦) .

(٢) وهذه هي نصوص التقنين المدني السابق :

م ١٤٥/٩١ : «التعهد بأداء شيء ينقل بملكيته بمجرد وجود التعهد إذا كان الشيء شيئاً معلوكاً للتعهد - م ١٤٦/٩٢ : «التعهد بأداء حق حقيقي على عقار أو منقول ينقل ذلك الحق بشرط عدم الإخلال بحق الإحتياز والفرن العقاري والمهرس - م ١٧٥/١١٨ : «إذا كان الدين شيئاً معيناً ، جاز للدين أن يتحمل على وضع يده عليها متى كانت معلوكاً للدين وقت التعهد أو حدث ملكه لما يده ولم يكن لأحد حق حقيقي فيها . وأحكام التقنين المدني الجديد لا تختلف عن هذه الأحكام» .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٥ ( مطابقة لنص

المادة ٢٠٤ من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٢٤٧ ( مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني المصري ) .

(١٩ الوسيط - ص ٢٦)

## ٤١٦- نقل الملكية بسبب التزام بنقلها - التمييز بين المنقول

**والعقار :** ويتبين من هذا النص أن الالتزام بنقل حق عيني (obligation de donner) - سواء كان الحق العيني حق ملكية أو أى حق عيني آخر كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن - يتم تنفيذه من تلقاء نفسه ، فينتقل الحق العيني إلى الدائن بحكم القانون (de plein droit) ، إذا كان الشيء الذى يقع عليه الالتزام شيئاً معيناً بالذات (corps certain) يملكه المدين .

ويلاحظ أن التفتين الجديد سار على النظرية التقليدية من أن نقل الملكية يسبقه التزام بنقلها ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه فنتقل الملكية إلى الدائن بحكم القانون ، وينتفى الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشوئه . وهذا الوضع بقیة تختلف من تقاليد القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالمقد<sup>(١)</sup> .

ويجب في هذا الصدد التمييز بين المنقول والعقار .

## ٤١٧- الشيء الذى يقع عليه التزام منقول : فإذا كان الشيء

الذى يقع عليه الالتزام منقولاً وكان شيئاً معيناً مملوكة للمدين ، كسيارة معينة

= التفتين الملقى على الملكية المخصصة م ٢٠٧ ( مطابقة لنص المادة ٢٠٤ من التفتين الملقى المصرى ) .

تفتين الموجبات والقيود الربطى : لا مقابل نص - ولكن انظر في مقدم البيع المواد ٢٩٣

إلى ٢٩٥ - ولا خلاف في الأحكام ما بين هذا التفتين والتفتين الملقى المصرى .

(١) ويلعب بونكار (Bonaccase) إلى أنه لا يوجد اليوم ما يمنع من القول بأن المقدم ذاته يمثل الملكية دون التراضى التزام موهوم يسبق نقل الملكية ، وينتفى بمجرد أن ينشأ . ويمكن للوصول إلى هذه النتيجة القول بأن المقدم حرك القانون فبمجرد نقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا المقدم هو الذى رتب الأثر ( انظر : المصروف قانونى والرواقعة القانونية دروس لفهم الدكتوراه المؤلف ص ٧٧ ) . حل أنه في بلد ترفع نظام السجل العقارى (Live Foncier) يبرز التمييز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفضل : فالملقة لا ينقل الملكية بنفسه بل يقتصر حل إنفاذ التزام بنقلها ، أما نقل الملكية بالفضل فلا يتم إلا بتسجيل المقدم في السجل العقارى . وفي فترة الانتفال التى تجتازها مصر اليوم إلى نظام السجل العقارى يبرز أيضاً هذا الفرق بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفضل ، فالمقدم ينقل التزاماً بنقل الملكية ، ولا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل .

بالذات أو مجوهرات تم اختيارها بأعيانها ، فإن الالتزام ينقل حق حضي على هذا المنقول يتم تنفيذه بمجرد نشوئه . فإذا باع شخص سيارة معينة بالذات من آخر أو رهنها رهناً حيازياً لفصان دين في ذمته ، كان ملتزماً بنقل ملكية السيارة إلى المشتري أو بترتيب حق رهن حيازي عليها لمصلحة الدائن المرتهن ، ومتى نشأ هذا الالتزام في ذمة المدين تم تنفيذه بمجرد نشوئه ، فتنقل ملكية السيارة فعلاً إلى المشتري أو يترتب حق الرهن فعلاً لمصلحة الدائن المرتهن ، وذلك دون حاجة إلى أي إجراء آخر من تسليم أو نحوه .

فلو أن صاحب السيارة باعها من (أ) ، ثم باعها مرة أخرى من (ب) ، ولم يسلمها لأي منهما ، انتقلت الملكية إلى (أ) المشتري الأول دون (ب) المشتري الثاني . فإذا سلمها إلى (أ) ، فإنه يكون قد سلمها إلى مالكها . أما إذا سلمها إلى (ب) ، فإن هذا يصبح مالكا للسيارة بشرط أن يكون حسن النية ، ولكنه لا يملكها بسبب البيع بل بسبب آخر هو الحيازة . وليس يمنع هذا من أن تكون ملكية السيارة قد انتقلت أولاً إلى (أ) بحكم البيع ، ثم انتقلت بعد ذلك إلى (ب) بحكم الحيازة . يدل على ذلك أن (ب) يتلقى الملكية في هذه الحالة لا من صاحب السيارة الأصلي الذي تجرد عن الملكية بالبيع الأول ، كما قدمنا ، بل من (أ) المشتري الأول الذي انتقلت إليه الملكية دون أن يتسلم السيارة (١) .

---

(١) وقد جلد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « يفرع على وجوب انتقاله الفعلي وجوباً نافعاً للتخيير أن الالتزام ينقل حق حضي يترتب عليه انتقال هذا الحق بحكم القانون ، متى كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات . ومؤدى هذا أن الالتزام ينقل حق حضي ينقل بمجرد نشوئه ، وأن القاتنون نفسه هو الذي يتكفل له بترتيب هذا الأمر . ويجري هذا الحكم فيما يتعلق بالمتنولات ، دون أن يرد على إطلاقه أي تحفظ أو قيد . فإذا صدر التصرف في منقول معين بالذات من مالكه ، انتقل حق المالك فيه إلى المتصرف فور الوقت ، بل ولا تحول دون ذلك قاصمة ( إزوال الحيازة في المنقول منزلة السند المثبت للملكية ) بالنسبة لأول خلف يدل إليه المالك بصفه . وقد يقع أن يدخل المنقول في يد خلف ثان حسن النية ، تنتقل إليه الحيازة على أثر تصرف ثان يصدر من المالك نفسه بعد أن زالت عنه الملكية بمقتضى التصرف الأول . وقد تخلف الملكية لهذا الخلف الثاني ، ولكن الملكية لا تنقل إليه بمقتضى التزام ينقل حق حضي ، بل بطريق آخر من طرق كسب الحقوق العينية هو طريق الحيازة . ومن الجائر أن يقال إن ملكية المنقول قد انتقلت أولاً إلى الخلف الأول بمقتضى التزام المالك بنقل حق حضي ، ثم آلت منه إلى الخلف الثاني من طريق الحيازة » (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ١١٤ - ص ١١٥) .

#### ٤١٨ - الشيء الذي يقع عليه الالتزام اسم عقد : أما إذا كان الشيء

الذي يقع عليه الالتزام حثافاً مميئاً بالذات وملوكاً للمدين ، كندار أو أرض محددة ، فإن الالتزام ينقل حتى حتى على هذا العقد لا يتم تنفيذه بمجرد نشوئه ، بل يجب مراعاة قواعد التسجيل بالنسبة إلى الحقوق العينية الأصلية كالملكية والارتفاق والانتفاع ، وقواعد القيد بالنسبة إلى الحقوق العينية التبعية كالرهن الرمي والاختصاص ورهن الحيازة . على أن عدم التسجيل لا يمنع من نشوئه الالتزام بنقل الملكية أو الحق العيني ، لأن هذا الالتزام إنما ينشأ من العقد ، والتسجيل إنما يفرض الالتزام لا ينشئه (١) .

فاذا باع صاحب الدار داره من آخر ، لم تنقل ملكية هذه الدار إلى المشتري ، سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين ، إلا بتسجيل عقد البيع . وإذا رهنها في دين عليه ، لم ينشأ حتى الرهن لمصلحة الدائن ، بالنسبة إلى الغير ، إلا بقيد الرهن . وقبل تسجيل البيع يبقى الالتزام بنقل الملكية ديناً في ذمة البائع ، يترأخى تنفيذه إلى وقت التسجيل . ويكون البائع في الوقت ذاته ملتزماً بأن يقوم بالأعمال اللازمة لتسجيل البيع ، وأنقصها التصديق على الإمضاء ، فإذا لم يتم بهذا الالتزام استطاع المشتري أن يحصل على حكم من القاضي بثبوت البيع أو بفسخه ، وقام الحكم مقام العقد المصدق عليه ، فإذا سجله المشتري انتقلت إليه الملكية (انظر م ٢١٠ مدني) . أما الالتزام بإنشاء رهن على العقار فلا يخضع للتسجيل . ومتى تم عقد الرهن ، ونشأ بموجبه التزام للرهن بترتيب حتى الرهن على العقار ، فإن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه وفقاً لقاعدة العامة ، ولكن ذلك يقتصر على العلاقة فيما بين الرهن والمرتهن ، ويكون القيد ضرورياً في سريان الرهن في حق الغير (٢) .

(١) نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة محر ١ رقم ٧٢ ص ١٤٣ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة محر ١ رقم ٨٣ ص ١٥٤ - ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة محر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ - ٤ يولييه سنة ١٩٣٦ مجموعة محر ١ رقم ٣٧٤ ص ٦١٥٠ .

(٢) يلعب الأستاذ شفيق شعالة في كتابه « النظرية العامة للعقود المدنية » سنة ١٩٥٢ ص ٤١ - ص ٤٢ إلى : « أن التأمين العيني باعتباره كذلك ليس مصدره العقد ولا أمر القاضي ، ولا يكون مصدره الجائز نص القانون إلا في بعض الأحوال الخاصة . أما المصدر الحقيقي للرهن القرض فهو واقعة القرض ، وكذلك الأمر بالنسبة إلى حق الاختصاص والرهن »

على أن الحق العيني العقارى - ملكية كان أو حقا آخر - الذى ينتقل للدائن يكون عاصمة للحقوق العينية العقارية الأخرى التى تكون قد حفظت من قبل

« الميازى العقارى وحقوق الأمتياز العقارية الخاصة . والمصدر المباشر لرقن المنقول هو واقعة التسليم ... أما المقدم فلا يمكن أن يتولى حصة التأمين العينية بما يستتبعه من حق التقديم وحق التمتع ، ذلك أن المقدم يقتصر أثره فى الأصل على المتأمينين ولا يمتداهما ، فى حين أن التأمين العينية يظهر أثره ابتداءً فى حق الغير . ولذلك فهو لا ينشأ إلا من تلك الوثيقة القانونية التى جعلها القانون مصدراً لتأمين العينية . وليس صحيحاً ما يقال من أن عقد الرهن ينشئ حق الرهن فيما بين المتأمينين ، وأن القيد يجعل هذا الحق نافذاً على الغير . فالواقع أن حق الرهن لا وجود له فيما بين المتأمينين ولا ينشأ من عقد الرهن . وذلك نقول إن الرهن مصدوره القيد أو التسليم بحسب الأحوال ، كابتدائه كقائمة فى وجوده . ولذلك نقول إن الرهن مصدره القيد أو التسليم بحسب الأحوال ، لا القيد أو الأمر . على أن القيد أو الأمر أو نص القانون يعتبر السبب القانونى للقيد أو التسليم ، ولا يكون القيد أو التسليم متجاً لأثره إلا أن كان مستنداً إلى عقد صحيح أو أمر صادر من القاضي أو نص وارد فى القانون » .

ونلاحظ على هذا الترتيب ما يأتى :

( أولاً ) يذكر الأستاذ شفيق شحاته إلى أن الرهن كحق عينية — لا كعقد — لا يمكن أن يكون له أثر إلا فى حق الغير . وعندما أن حق الرهن بهذا الوصف ينتج آثاراً دأباً بين المتأمينين الرامن والرهين ، تنحصر فيما نسبت عليه المادة ١٠٤٧ من الترتين المدفوع من أنه « يلتزم الرامن بضمان سلامة الرهن . والدائن المرتين أن يمتنع عن كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص رهنه إنقاصاً كبيراً ، وله فى حالة الاستعجال أن يتخذ مايلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الرامن بما يفتق فى ذلك » . هذا إلى مايقيد حق الرهن من سلطة الرامن فى إيجاب العين المرهونة وفى قبض أجزائها مضمناً ( م ١٠٤٥ — ١٠٤٦ مدف ) . وكذلك الأمر فى رهن الميازاة ، فإن الرامن يضمن سلامة الرهن ونفاذه ، وليس له أن يأتى عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون . أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من القيد ، والدائن المرتين فى حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الرامن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشيء المرهون ( م ١١٠١ مدف ) . بل إن أثر رهن الميازاة — كحق لا كعقد — بالنسبة إلى الدائن المرتين أوسع مدى ، إذ تنص المادة ١١٠٣ من الترتين المدفوع على أنه « إذا تسلم الدائن المرتين الشيء المرهون ، فعليه أن يثبت فى حفظه وصيانته من العناية مايلزمه الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لايلزم فيه » . وليس هذا الالتزام إلا حلقة فى سلسلة من الالتزامات يترتبها القانون على الدائن المرتين فى استئثار الشيء المرهون وفى إدارته وفى رده بعد استيفاء الحق المضمون بالرهين ( انظر المواد ١١٠٤ — ١١٠٧ من الترتين المدفوع ) . ولا يجوز القول إن هذه الآثار فيها بين المتأمينين إنما تترتب على الرهن كعقد لا كحق ، فإن نصوص الترتين المدفوع صريحة فى أن الرهن آثاراً يرتبها تارة فيما بين المتأمينين وأخرى بالنسبة إلى الغير ، ولعلنا « الرهن » كعقد يعنى الحق لا يعنى القيد فى الحاليتين .

( ثانياً ) وما دام أن حق الرهن ينتج آثاراً فيها بين المتأمينين ، وذلك قبل القيد ، فهذا —

بالتسجيل أو بالقيد . فالمشتري للمغار تنتقل إليه ملكيته بتسجيل عقد البيع ، ولكنها تنتقل متقلة بحق رهن قيد أو حق ارتفاق سجل . قبل تسجيل عقد البيع <sup>(١)</sup> . والكلام في أحكام التسجيل والقيد له مكان آخر .

## المطلب الثاني

عمل الالتزام شيء لمن يبين إلا بنوعه

٤١٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٥ من القانون المدني

على ما يأتي :

« معناه أن حق الرهن قد نشأ قبل إجراء القيد . فلا يمكن أن يكون القيد هو مصدره ، بل يتعين أن يكون هذا المصدر هو القيد . وإذا كان الإجماع قد انعقد على أن سبب الملكية إنما هو القيد لا التسجيل ، فأول إن يقال أن الرهن ينشأ من القيد لا من القيد ، إذ الرهن يوجه فيما بين المتعاقدين قبل القيد كما قلنا أما الملكية فلا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل .

( ثالثاً ) أما القول بأن القيد وحده هو الذي ينشئ حق الرهن ، فيستلزم حتماً القول بأن التسجيل وحده هو الذي ينتقل الملكية . ومن الواضح أن نظام القيد في مصر - ولم يتم حتى اليوم إدخال السجل العقاري في هذا النظام - لا يسمح بهذا القول . فالملكية عندنا ، إلى أن يدخل نظام السجل العقاري ، تنتقل بالقيد المسجل لا بالتسجيل في ذاته .

( انظر في ذلك : التصرف القانوني والواقعة القانونية ، دروس في قسم الدكتوراه المؤبد .

ص ١٢٧ س ١٢٩ ) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « أما المقاررات فخصول قواعد التسجيل دون تنفيذ الالتزام ينتقل الحق للمعين فيها فور الوقت ، ويشفع الالتزام ينتقل الحق للمعين في هذه الحالة بالالتزام يسمل ، فواءه وجوب اشتراك مالك المغار في تسيير إجراء التسجيل ، ولا سيما من طريق التصديق على إضائه . وعلى هذا النحو يظل تنفيذ الالتزام ينتقل الحق للمعين على التراخي فترة من الزمن ، وهذه هي طلة التفرقة في هذا المقام بين مجرد الالتزام ينتقل الملكية وبين انتقالها فعلاً » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥٥ ) — انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .

« ويضرب على ما تقدم — كما تقول المذكرة الإيضاحية — أن لفظة أن يتم القيد المعين بذاته التي ألزم المدين أن يمل به إليه ، متقولا كان أو مغاراً ، يعبر عن شرطين : أولاً أن يكون هذا الشيء ملوكاً للمدين وقت إنشاء الالتزام ، أو أن تكون ملكيته قد آلت إليه بعد ذلك . والثاني ألا يكون قد ترقب على المشقود عليه حق معين لأحد من الأعيان ، كخلف ثان يبرز متقولا بحسن نية أو مشتر آخر آت إلى مغار يقتضى عقد سبق تسجيله . وتقدم على هذا الحكم في المادة ١١٨/١٧٥ من القانون المدني ( السابق ) . ولم ير المشروع عملاً لقانونه به ، باجبار أنه يستخلص من دلالة ما تقدم من القواعد العامة » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥٥ ) .

١٥ - إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بافراز هذا الشيء .

٢٥ - فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء ، من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض<sup>(١)</sup> .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٤٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٠٨ ، وفي تقنين الوجبات والعقود اللبناني المادة ٢٥٠ فقرة أولى وفترة ثانية<sup>(٢)</sup> .

٤٦٠ - الفرق بين الشيء المعين بالذات والشيء الذي لم يعين

بشرطه : ويتبين من هذا النص أن الالتزام بنقل حق عيني على شيء غير معين بالذات لا يتم تنفيذه من تلقاء نفسه ، ولا ينتقل الحق العيني إلى الدائن بحكم

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١١ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٥ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٧ - ص ٥١٨ ) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٠٦ ( مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٢٤٨ ( مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني للسلكة الليبية المتحدة م ٢٠٨ ( مطابقة لنص المادة ٢٠٥ من التقنين المدني المصري ) .

تقنين الوجبات والعقود اللبناني م ٢٥ : ولا ترمى هذه الفقرة ( الوفاء منها ) في موجبات الأداء فقط ، بل في موجبات الفعل وموجبات الامتناع أيضاً . ويحق للدائن أن يطلب من المحكة الترخيص له في أن ينقل بضعة موجب الفعل على حساب المدين . ( والحكم لا يختلف في التقنين اللبناني مع في التقنين المصري ) .

القانون على خلاف ما رأينا في الشيء المعين بالذات . والسبب واضح : ذلك أن الشيء قبل تعيينه غير معروف ، فهناك إذن استحالة طبيعية في أن تنتقل ملكيته أو أى حق عيني آخر يتعلق به إلى الدائن قبل هذا التعيين .

٤٢١ - الشيء غير المعين نقود : فإذا كان الشيء الذى لم يعين إلا بنوعه نقوداً ، فقد رأينا عند الكلام في محل العقد أن المدين يلتزم بقدر عددها المذكور في العقد<sup>(١)</sup> ، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر (م ١٣٤ مدني). ورأينا أن السعر الإجبارى (cours forcé) للورق النقدي ، مهما انخفض هذا السعر من جراء التضخم ، لا يغير شيئاً في حكم هذه القاعدة ، وأن الاتفاق على الدفع بسعر الذهب (clause or) باطل مخالفة للنظام العام ، سواء كان ذلك في التعامل الداخلى أو في التعامل الدولى<sup>(٢)</sup> .

فإذا كان على المدين أن يدفع للدائن قدراً معيناً من النقود ، وجب أن يدفع له هذا القدر العددي دون زيادة أو نقص ، ولا تنتقل ملكيته من المدين إلى الدائن إلا عند القبض . والسبب في ذلك أن من خصائص النقود أن أى مقدار منها لا يتعين إلا بقبضه ، ولا يكفى فيه الإفراز . فلو أن المدين أفرز من ماله خمسين جنياً هو القدر الواجب دفعه للدائن ، لم تنتقل ملكية هذا المقدار إلى الدائن بمجرد الإفراز ، بل تبقى النقود على ملك المدين ، وله أن يعدل عن دفع ما أفرزه وأن يفرز مقداراً آخر بدلاً منه ، ولا تنتقل ملكية النقود إلى الدائن إلا عند قبضها . والتنفيذ العيني يدين من النقود ممكن دائماً ، طوعاً أو جبراً ، ويكون جبراً بطريق التنفيذ على مال المدين ويبيعه واستقصاء الدين نقداً من الثمن .

٤٢٢ - الشيء غير المعين ليس نقوداً : أما إذا كان الشيء الذى لم يعين إلا بنوعه ليس نقوداً ، فإن انتقال ملكية هذا الشيء ، أو أى حق عيني آخر يتعلق به

(١) أو المقدار في الحكم في حالة التبرع من المسؤولية التضهيرية أو الإثراء بلا سبب أو الالتزامات القانونية .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٤ - فقرة ٢٢٦ - قانون : نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤ .



إلى الدائن يكون بالإفراز ولو قبل التسليم . فلو أن شخصاً باع من آخر مائة قطنلو من القطن أو خسين إردباً من القمح ، لم تنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد البيع ، لأن القطن أو القمح لم يتعين ، فلا يتصور انتقال الملكية . فإذا ماتم التعيين ، ويكون ذلك بإفراز كمية من القطن أو القمح معادلة للمقدار المحدد بقصد تسليمها للمشتري ، أصبح المبيع شيئاً معيناً بالذات ، وانتقلت ملكيته إلى المشتري بهذا الإفراز دون حاجة في هذا إلى التسليم . ويرتب على ذلك أن البائع لو أفرز المقدار المبيع بقصد تسليمه إلى المشتري ، ووضعه في مكان معين - شونة أو مخزن - ثم دعا المشتري لتسلمه بطريق الإعتذار ، فتحلف هذا بغير علم ، ثم احترقت الشونة أو المخزن بغير خطأ من البائع ، هلك المبيع على المشتري لأنه ملكه وانتقلت في الوقت ذاته تبعه الهلاك إليه بالرغم من أنه لم يكن قد تسلمه .

على أن المألوف في التصامل هو أن يكون إفراز الشيء عند تسليمه إلى المشتري ، فتم الإفراز والتسليم في وقت واحد . ومن ثم يقال في بعض الأحيان إن الملكية تنتقل بالتسليم على اعتبار أن الإفراز لم يتم إلا عند التسليم ، لا على اعتبار أن التسليم هو الذي ينقل الملكية .

ويلاحظ من جهة أخرى أن الشيء الذي لم يعين إلا بنوعه إذا كان عقاراً - كما إذا باعت إحدى شركات أراضي البناء كذا متراً من الأرض دون تعيين - فإن ملكية الأرض المبيعة لا تنتقل إلى المشتري بالتعيين ، بل ولا بالتسليم ، وإنما تنتقل بالتسجيل الذي لا يتم طبعاً إلا بعد التبعية .، يصبح المشتري مالكا للأرض المبيعة بتسجيل عقد البيع ولو قبل التسليم .

#### ٤٢٣ - كيف يكون التنفيذ إذا امتنع المدين عن الإفراز : وإذا

لم يقم المدين بتنفيذ التزامه من إفراز الشيء على النحو المتقدم وتسلمه للدائن ، جاز لهذا أن يطالب بالتنفيذ عيناً أو تعويضاً .

والتنفيذ المعنى يكون بحصول الدائن على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين . ويقوم الدائن نفسه بشرائه ، ويرجع بالثمن والمصروفات على المدين ، بل ويرجع أيضاً بالتعويض عما قد يكون أصابه من خسارة بسبب تأخر المدين في تنفيذ التزامه . والأصل أن الدائن يستأذن القاضي في ذلك ، ويكون الاستئذان عن طريق الدعوى والحصول على حكم بشراء الشيء والرجوع على المدين بما تقدم يثاته . فإذا

كانت الظروف لا تحتمل الإبطاء ، وكان الانتظار طول الوقت الذي يستغرقه استصدار الحكم يحدث ضرراً بليغاً بالدائن ، كان له دون حكم - ويمكن أن يكون ذلك بعد إغذار المدين - أن يقوم بالشراء ، ثم يرجع بالثمن والمصروفات والتعويض على المدين عن طريق الدعوى، وهنا يتمكن القاضى من بسط رقابته على تصرف الدائن ، والتثبت من أن الظروف كانت تبرر هذا التصرف الاستثنائى فيحكم له بما طلب ، أو أنه كان متسرعاً فيخفض المبلغ المطلوب بمقدار ما عاد على المدين من الخسارة بسبب هذا التسرع<sup>(١)</sup> .

أما التنفيذ بطريق التعويض فيكون بمطالبة المدين بقيمة الشيء نقداً مع التعويض عن التأخر فى التنفيذ . وتجري هذه المطالبة وفقاً للقواعد العامة التى سأتى ذكرها عند الكلام فى التنفيذ بطريق التعويض<sup>(٢)</sup> .

## المبحث الثانى

### الالتزام بعمل

(obligation de faire)

#### ٤٢٤ - أقسام الالتزام بعمل : رأينا أن الالتزام العقدى ينقسم

- (١) انظر تقريباً من هذا المعنى ديموج ٦ فقرة ٩ .  
(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « إذا كان عمل الالتزام ينقل حق صي شياً معيناً بنوعه ، فلا يتيسر التنفيذ عيناً إلا بفرز المقود عليه . والدائن أن يطالب بالتنفيذ على هذا الوجه ولو امتنع المدين عن ذلك ، ويكون من واجب الدائن أن يفر المدين فى هذه الحالة ليثبت عليه امتناعه ، ثم يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه عند الاستعجال . والدائن كذلك أن يتخذ من الاستناع عن التنفيذ عيناً ذريعة للمطالبة بتعويض نقدى يماثل قيمة الشيء . ولا يكون أساس هذه المطالبة استعانة التنفيذ ، وإنما يكون أساسها استيفاء الدائن التعويض دون عانة من المدين ذلك أن من حق المدين أن يؤدى عين المقود عليه لا قيمته . والدائن فى كلتا الحالتين : بالوفاء عيناً وسألة الوفاء بمقابل ، أن يقتضى فوق ذلك ما يجب له من تعويض عن التأخر فى التنفيذ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧ ) . وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية - خروج التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٩ .

إلى التزم بتحقيق غاية (obligation de résultat) والتزم ببذل عناية (obligation de moyen). ويمكن القول إن كل التزم - عقدياً كان أو غير عقدي - يكون إما التزاماً بغاية أو التزاماً بعناية<sup>(١)</sup>. فالالتزام بتقل حق عيني هو دائماً التزم بعناية. وكذلك هو شأن الالتزام بالامتناع عن عمل<sup>(٢)</sup>. أما الالتزام بعمل فيكون في بعض صوره التزاماً بعناية، ويكون في صور أخرى أخرى التزاماً بغاية. فإذا كان التزاماً بغاية، فهو لا يعلو أن يكون التزاماً بتسليم شيء أو التزم بانجاز عمل معين.

ومن ثم ينقسم الالتزام بعمل أقساماً ثلاثة: (١) التزم ببذل عناية (٢) التزم بتسليم شيء (٣) التزم بانجاز عمل معين. ونستعرض كلا من هذه الأقسام.

## المطلب الأول

### الالتزام ببذل عناية

٤٢٥ - **التعويض القانوني:** تنص المادة ٢١١ من القانون المدني على ما يأتي:

١ - في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته، أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الفرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.

---

(١) الوسيط جزء أول ص ٦٥٩ هامش رقم ١.

(٢) ولا يقال إن الالتزام بعدم الإضرار بالنغير التزام بالامتناع عن عمل وهو في الوقت ذاته التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية، فالصحيح أن هذا الالتزام ليس التزاماً بالامتناع عن الإضرار بالنغير، بل هو التزام باتخاذ الحيلة الواجبة لعدم الإضرار بالنغير. فهو التزام - بل، وليس - التزاماً بالامتناع عن عمل، ومن ثم صح أن يكون التزاماً ببذل عناية.

٢٥ - وفي كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم<sup>(١)</sup> .  
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

وقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢١٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٥١ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢١٤<sup>(٢)</sup> . ولا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني<sup>(٣)</sup> .

وتنص المادة ٢٠٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« الالتزام ينقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم<sup>(٤)</sup> » .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

وقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النص : سبق أن استعرضنا تاريخ هذا النص ( انظر الوسيط الجزء الأول ص ٦٥٨ هامش رقم ١ ) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٢ (مطابقة لنص المادة ٢١١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٥١ (تتفق في الحكم مع المادة ٢١١ من التقنين المدني المصري، وإن اختلفت اختلافاً طفيفاً في الصيغة) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢١٤ (مطابقة لنص المادة ٢١١ من التقنين المدني المصري) .

(٣) إذا كان لا يوجد مقابل لهذا النص في تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، فلنا نرى مانعاً ، والتقنين اللبناني يستقي مبادئه العامة من نفس المصادر التي يستقي منها التقنين المصري ، من سريان هذا الحكم كبدأ عام من مبادئ التقنين اللبناني (انظر في تطبيقات خاصة لهذا المبدأ : م ٥٦٨ لبناني في عقد الإيجار - م ٦٩٦ في عقد الوديعة - م ٧٢٢ في الحراسة - م ٧٤٦ - م ٧٤٨ في عقد العارية - م ٧٨٥ - ٧٨٦ في عقد الوكالة) .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٢ من المشروع المنهني على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢١٢ من المشروع النهائي ، ثم مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٩ - ص ٥٢٠) .

المادة ٢٠٧ ، وفي التفتين المدني الليبي المادة ٢٠٩<sup>(١)</sup> . ولا مقابل له في كل من التفتين المدني العراقي وتفتين الموجبات والعقود اللبناني<sup>(٢)</sup> .

#### ٤٢٦ - الالتزام ينزل عناية ينطلي بشئ أو بعمل : وقد أوردت

المادة ٢١١ مدني ضروب الالتزام ببذل عناية . فهذا الالتزام إما أن يكون متعلقا بشئ أو متعلقا بعمل .

فإذا كان متعلقاً بشئ ، فهو إما أن يكون : (١) المحافظة على هذا الشئ ، كالالتزام المودع عنده بالمحافظة على الشئ المودع (م ٧٢٠ مدني) ، والزام المستعير أو المستأجر بالمحافظة على الشئ المأجر أو العين المؤجرة (م ٦٤١ وم ٥٨٣ مدني) ويدخل في ذلك أيضاً الالتزام بالمحافظة على الشئ الذي يتضمنه الالتزام بنقل الحق العيني ، فقد رأينا المادة ٢٠٦ تقضي بأن الالتزام بنقل حق عيني يتضمن التزاماً بعمل في قسمين من الأقسام الثلاثة للالتزام بعمل ، فيلتزم المدين بأن يحافظ على الشئ وهذا التزام ببذل عناية ، وأن يسلمه للدائن وهذا التزام بالتسليم . مثل ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، فهو يتضمن التزاماً بتسليم المبيع إلى المشتري والالتزام بالمحافظة عليه حتى وقت التسليم ( انظر المواد ٤٣١ و ٤٣٧ - ٤٣٨ مدني ) . (٢) أو يكون إدارة هذا الشئ ، ويتضمن هذا بطبيعة الحال المحافظة عليه ، وذلك كالالتزام المرتهن رهن حيازة بادارة العين المرهونة لاستئجارها استئجاراً كاملاً (م ١١٠٤ فقرة ثانية مدني) ، والالتزام الوكيل في الإدارة بادارة العين الموكول إليه إدارتها (م ٧٠١ مدني) . وقد تكون إدارة الشئ لمصلحة الدائن كما في الوكيل بالإدارة ، أو لمصلحة المدين كما في المستأجر عند ما ينتفع بعين ، أو لمصلحتهما معاً كما في الدائن المرتهن رهن حيازة عند ما يستثمر العين المرهونة .

وإذا كان الالتزام ببذل عناية متعلقاً بعمل ، فالطبيب يلتزم بعلاج المريض

---

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٢٠٧ (مطابقة لمادة ٢٠٦ من التفتين المدني المصري) .

التفتين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٠٩ (مطابقة لمادة ٢٠٦ من التفتين المدني المصري) .  
(٢) ولكن يحمل هذا الحكم في كل من التفتين العراقي واللبناني ، تطبيقاً للمبادئ العامة .

والحمى يلتزم بالدفاع عن مصالح موكله أمام القضاء (وهذا غير النياية عنه) ، كان العمل المطلوب من المدين هو توخى الحيلة في القيام بالعمل الموكول إليه . فالطبيب عليه أن يتوخى أصول صناعة الطب المعروفة في العلاج ولا عليه أن يشفى المريض ، والحمى عليه أن يبذل العناية المألوفة في الدفاع عن مصالح موكله ولا عليه أن يكسب القضية .

٤٢٧ - **العناية المطلوبة في الالتزام بيزل عناية** : ويعتبر المدين ، في جميع هذه الأحوال ، أنه قد وفى بالتزامه ، إذا هو - كما يقول النص - بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى : ولولم يتحقق الغرض المقصود ، فأخفق العمل ، أو هلك الشيء المحفوظ ، أو انتهت إدارته بالخسارة .

وقد يوجب القانون أو الاتفاق عناية أكثر أو أقل من عناية الشخص العادى . ففي العارية أوجب القانون عناية أكبر (م ٦٤١ مدنى) . وفى الوديعة أوجب عناية أقل (م ٧٢٠ مدنى) . وإذا اتفق المدين والدائن على عناية أقل أو أكثر ، جاز ذلك . حل أنه لا يجوز الاتفاق على التخفيف من العناية إلى الحد الذى لا يكون المدين فيه مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم<sup>(١)</sup> .

٤٢٨ - **اهمال** : وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في المسئولية العقدية ، فنكتفى هنا بالإحالة إليها<sup>(٢)</sup> .

## المطلب الثانى

### الالتزام بالتسليم

٤٢٩ - **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢٠٧ من القانون المدنى على ما يأتى :

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ -

ص ٥٠٨ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٢٨ - فقرة ٤٢٩ وفقرة ٤٤٠ .

١ - إذا التزم المدين أن يقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل ، وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يتم بتسليمه بعد أن أعذر ، فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن .

٢ - ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، ما لم يكن المدين قد قبل أن يحصل نتيجة الحوادث المفاجئة .

٣ - على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، فإن نتيجة الهلاك تكون على السارق<sup>(١)</sup>.

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٠٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢١٠<sup>(٢)</sup> ، أما التقنين المدني العراقي فقد اشتمل في هذه المسألة على سلسلة من النصوص ( ٤٢٦ إلى ٤٢٨ ) سيأتي ذكرها عند الكلام في استحالة التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء الالتزام. ولا مقابل للنص في تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، ولكن يبدو أن المبادئ العامة لهذا التقنين لا تمنع من تطبيق هذه الأحكام .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه في التقنين الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ٢١٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى ، وذكر أن المقصود بالهلاك والضياع المشار إليهما في الفقرة الثالثة « الهلاك الكلي أو الجزئي وضياع نفس مادة الشيء أو عدم صلاحته لغرض المطلوب ولو كان يصلح للغرض آخر » . وأصبح النص مطابقا وصار رقمه ٢٠٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢١ وص ٥٢٣ - ص ٥٢٤ ) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري ٢٠٨ م ( مطابقة لنص المادة ١٠٧ من التقنين المدني المصري ) .

تقنين المدني للسلسلة العربية المتحدة م ٢١٠ ( مطابقة لنص المادة ٢٠٧ من التقنين

المدني المصري ) .

### ٤٣٠ - الالتزام بالتسليم قد يكون التزاماً مستقرو قد يكون

الالتزام تبعياً : قد يكون الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلاً ، فيكون منذ البداية التزاماً بعمل . مثل ذلك التزام المستأجر برد العين المؤجرة ، والتزام المستعير برد العين المعارة ، والتزام المودع عنده رد الشيء المودع ، والتزام المرتهن حيابة برد العين المرهونة .

وقد يكون الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه الالتزام بنقل حق عيني على النحو الوارد في المادة ٢٠٦ وقد تقدم ذكرها . مثل ذلك التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، والتزام الشريك بتسليم حصته إلى الشركة ، وكلا الالتزامين قد تضمنه التزام بنقل حق عيني إما إلى المشتري وإما إلى الشركة <sup>(١)</sup> .

وسواء كان الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلاً أو التزاماً تبعياً ، فإن تنفيذه يكون بتسليم المدين الشيء إلى الدائن ، وفقاً لأحكام القواعد العامة في التسليم . فإذا لم يتخذ المدين التزاه طوعاً ، أجبر على التنفيذ عيناً أو عن طريق التعويض بحسب الأحوال .

### ٤٣١ - تبع هلاك الشيء قبل التسليم : ويستوقف النظر في هذا

الالتزام بحث تبعة هلاك الشيء إذا هلك قبل التسليم . فإذا فرض أن الشيء هلك قضاء وقدرأ ، فهل من تقع تبعة الهلاك ؟ هنا يجب التمييز بين أن يكون الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً أو التزاماً أصلياً .

فإذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل حق عيني ، فالأصل أن الهلاك يكون على المدين بالتسليم ، ولو أنه أصبح غير مالك إذ انتقلت الملكية إلى الدائن تنفيذاً للالتزام الأصلي بنقل الملكية . ويبرر هذه القاعدة أن الالتزام بالتسليم في هذه الحالة ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملاً للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا يخلص الملكية فعلاً للدائن إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على المدين ، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم مآ . وقد طبق التفتين المدني الجديد هذه القاعدة في كل من البيع والقسمة . فصمت المادة ٤٣٧

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التهيئة في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٦ .



على أنه «إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد لبايع فيه ، انقسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم للمبيع»<sup>(١)</sup> . ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥١١ على أنه «إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عيني آخر ، فإن أحكام البيع هى التى تسرى فى ضمان الحصة إذا هلكت ...»<sup>(٢)</sup> .

أما إذا كان الالتزام بالتسليم التزاما مستقلا ، فالهلاك يكون على المالك . ويغلب أن يكون هو الدائن بالتسليم ، كما رأينا ذلك فى الالتزام بالرذخ نحو المؤجر والمعين والمودع والراهن حيازة . ولكن قد يكون المالك هو المدين بالتسليم ، كما فى التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة المستأجر . وذلك أن الأصل فى الهلاك أن يكون على المالك (res perit domino) ، فهو الذى يكسب الغرم وهو الذى يتحمل الغرم . ولم يزحزح هذه النتيجة عن المالك إلى المدين بالتسليم فى الالتزام التبعى إلا اعتبار أن الالتزام التبعى بالتسليم مكمل للالتزام بنقل الملكية كما قدمنا . أما هنا فالالتزام مستقل ، ومن ثم رجعنا إلى الأصل ، فكان الهلاك على المالك . وقد أورد التقنين المدنى تطبيقات كثيرة لهذا المبدأ ، نذكر منها ما ورد فى عقود الإيجار والعاوية والوديعة ورهن الحيازة . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٩٩ على أنه «إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكا كلياً انفسخ العقد من

---

(١) أما فى التقنين المدنى الفرنسى ( م ١١٣٨ و م ١٦٢٤ ) ، فالهلاك على المشتري حتى قبل التسليم ، إذ أن الهلاك على المالك (res perit domino) ، سواء كان الالتزام بالتسليم مستقلا أو تبعياً ، وقد أصبح المشتري بالبيع مالكا ، فيحمل ثبته الهلاك حتى قبل أن يتسلم المبيع . انظر فى أن الهلاك فى القانون الفرنسى لا يكون على المشتري قبل التسليم إلا باجباره مالكا ، فإذا تراعى نقل الملكية إلى ما بعد التسليم فإن الهلاك لا يكون عليه بل يكون على البايع : بودرى وبيلود ١ فقرة ٤٢٣ — فقرة ٤٢٤ .

(٢) وكان التقنين المدنى السابق يحمل ثبته هلاك الحصة ، إذا كانت حصة معينة ، على الشركة حتى قبل التسليم ، فقد كانت المادة ١٦٢٤/٥١٦ من هذا التقنين تنص على أنه «إذا كانت حصة الشريك فى رأس المال حق ملكية فى عين معينة أو حق انتفاع فيها ، انتقل الحق فى ذلك بمجرد عقد الشركة لجميع الشركاء ، وكان عليهم تلفه » وكان هذا الحكم فى التقنين المدنى السابق مخالفاً لمبدأه العام الذى كان يحمل الهلاك على المدين بالتسليم لا على المالك كما رأينا فى البيع . وقد أزال التقنين المدنى الجديد هذا التضارب ، وجعل الهلاك على المدين بالتسليم دائماً ما دام الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل الملكية ، يستوى فى ذلك البيع والشركة كما رأينا .

تلقاء نفسه . فبما هلك هنا على المالك وهو المؤجر ، لا على المدين بالرد وهو المستأجر (١) . ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٨٤ على أن المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه . وهذا تطبيق خاص بالملاك بسبب الحريق ، فإذا نشأ الحريق بسبب أجنبي - وعنه الإثبات على المستأجر - كان المالك على المالك أى على المؤجر . ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٩١ على ما يأتى : وعلى المستأجر أن يرد العين المؤجرة بالحالة التى تسلمها عليها ، إلا ما يكون قد أصاب العين من هلاك أو تلف لسبب لا يد له فيه . وهنا أيضا ترديد للمبدأ ذاته فى حالة قيام المستأجر بتنفيذ التزامه بالرد ، فهلاك العين بسبب أجنبي فى هذه الحالة لا يكون عليه بل على المالك وهو المؤجر الدائن بالرد . ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٤١ على أن المستعير يكون فى كل حال وضامنا لملاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة وكان فى وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص أو كان بين أن يتخذ شيئا مملوكا له أو الشيء المعارف فاختار أن يتخذ ما يملكه . وهنا جعلت تبعة هلاك الشيء المعار بسبب أجنبي فى الأصل على المالك وهو المعير ، طبقا للمبدأ العام الذى قلناه . وإنما اختار المشرع فرضين ، فيما يهلك الشيء بسبب أجنبي ولكن المستعير كان يستطيع إنقاذه بتضحية ماله الخاص ، فجعل المالك فى هذين الفرضين لا على المعير وهو المالك والدائن بالرد ، بل على المستعير وهو المدين بالرد لأنه كان يتفرض بالشيء دون مقابل . وفى الوديعة يلتزم المودع عنده برد الشيء المودع كما يتفرض بذلك المادة ٧٧٢ ، إلا أنه إذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، كان المالك على المالك وهو المودع ، تطبيقا للمبدأ العام . وفى رهن الحياة نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٠٢ على أن ويضمن الرهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الملاك أو التلف راجعا لخطئه أو ناشئا عن قوة قاهرة . ونصت المادة ١١٠٣ على أنه وإذا سلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يئلف فى حفظه وصيانته من العناية ما يئلفه الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه . فهلاك

(١) كذلك إذا هلك العين المؤجرة قبل تسليمها للمستأجر ، فإن المالك يكون على المؤجر ، وهو المدين بالتسليم ، ولكنه عن المالك العين ليسل تبعة الهلاك كما قلنا (قريب م ٥٩١ - ٥٩٥ صنف) .

العين المرهونة بسبب أجنبي على المالك وهو الرهن الدائن بالرد، لا على المرتين وهو المدين بالرد .

### ٤٣٢ - أمر الإعذار في تحمل تبعة الهلاك : ويتبين مما تقدم أن

تبعة الهلاك في الالتزام بالتسليم تكون على المدين بهذا الالتزام إذا كان التزاما تبعا ، وتكون على المالك إذا كان التزاما مستقلا . غير أن الإعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف إلى الطرف الآخر في كلتا الحالتين .

فإذا كانت تبعة الهلاك على المدين كما في البيع قبل التسليم ، وأعذر البائع المشتري طالبا إليه أن يتسلم المبيع ، وهلك المبيع بعد الإعذار وقبل التسليم ، فإن تبعة الهلاك تنتقل من المدين إلى الدائن ، أى من البائع إلى المشتري . وتقرر المادة ٣٣٥ من القانون المدني هذه القاعدة ، إذ تنص على أنه «إذا تم إعذار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه . . . وفي هذه الحالة - حالة انتقال تبعة الهلاك من المدين إلى الدائن - يلتزم المدين أن ينزل للدائن عما قد يكون له من حق أو ذوى في التعويض عن الشيء الذى هلك ، كما لو كان الشيء مؤمنا عليه فاستحق المدين مبلغ التأمين ، أو كان هلاك الشيء بفعل أجنبي فاستحق المدين التعويض»<sup>(١)</sup> .

وإذا كانت تبعة الهلاك على المالك ، كما في عقد الإيجار قبل تنفيذ المستأجر التزامه برد العين المؤجرة ، وأعذر المؤجر المستأجر طالبا إليه تسليم العين ، وهلكت العين بعد الإعذار وقبل التسليم ، فإن تبعة الهلاك تنتقل من المؤجر إلى المستأجر . والمدين بالرد هو المستأجر ، وكان الهلاك على المؤجر وهو الدائن بالرد ، فأعذر المؤجر المستأجر مطالبا إياه بالرد ، ثم هلكت العين المؤجرة بعد الإعذار ، فترتب على الإعذار أن انتقلت تبعة الهلاك إلى المدين ولو أن الهلاك كان قبل الإعذار على الدائن ، كما تقول المادة ٢٠٧ سالفه الذكر . وذلك أن الإعذار -

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٥٢٢ - وقد كان المشروع التمهيد يضمن نصاً (م ٢٨٣ من المشروع) يفرض بهذا الحكم على الطرف الآخر : « في الالتزام ينقل حق حوى ، إذا هلك الشيء أو ضاع أو خرج من التمسك لسبب أجنبي لا به المدين فيه ، ألزم المدين أن يتنازل للدائن عما قد يكون له من حق أو ذوى في التعويض من هذا الشيء » وقد حلت هذا النص في لجنة المراجعة ، لأن الحكم الواردة فيه حكم تفصيلي يكفى فيه تطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ١٩٩ ملحق رقم ١).

وهذا ما نقوله المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى<sup>(١)</sup> - يلزم المدين ، أى المستأجر ، دليل التخلف ، ويثبت عليه بذلك خطأ يرتب مسئوليته متى كان هلاك الشيء من جراء الحادث فجائى راجعاً إلى هذا التخلف . والواقع أن المدين فى مثل هذه الحالة يكون متسبباً فى الهلاك بفعله . أما إذا أثبت المدين أن الشيء كان يهلك فى يد الدائن أيضاً لو أنه سلم إليه ، (فانه) بهذا يقيم الدليل على أن الهلاك لا يرجع إلى تخلفه ، بل يرجع حقيقة إلى حادث فجائى ، وبذلك تندفع عنه التبعة ، وينقضى التزامه . بيد أنه يتحمل هذه التبعة كاملة إذا كان الشيء مسروقاً متى كان هو السارق ، ذلك أن خطأه الأول فى ارتكاب جريمة السرقة لا يسقط عنه ولو باقاة الدليل على أن الهلاك يرجع فى الحقيقة إلى حادث فجائى .

والعبارة الأخيرة من المذكورة الإيضاحية تشير إلى فرض استثنائى ، هو أن يكون المدين برد الشيء لصاً سرق هذا الشيء ، وقد التزم بالرد بسبب السرقة . فتبعة الهلاك فى هذه الحالة لا تكون على الدائن - مالك الشيء المسروق - كما كان المبدأ العام يقضى بذلك ، بل تكون على المدين وهو السارق ، لأن مصدر الدين هنا جريمة السرقة . وهذه الجريمة تبرر الخروج على المبدأ العام ، بل تبرر الخروج أيضاً على القاعدة التى تقضى بأن الهلاك يكون على الدائن ولو أعلز المدين إذا أثبت هذا أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه . فالسارق ، إذا هلك المسروق عنده قبل رده إلى مالكه ، يتحمل تبعة هلاكه دائماً ، أعززه المالك أو لم يعززه ، أثبت السارق أو لم يثبت أن المسروق كان يهلك كذلك عند المالك لو أنه رد إليه<sup>(٢)</sup> .

### المطلب الثالث

#### الالتزام بإنجاز عمل معين

٤٣٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٢ .

(٢) انظر للمذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٧ .

« في الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة العمل أن ينفذ  
المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين » .

وتنص المادة ٢٠٩ على ما يأتي :

١١ - في الالتزام بعمل ، إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن  
يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ  
ممكناً .

٢٥ - ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين  
دون ترخيص من القضاء .

وتنص المادة ٢١٠ على ما يأتي :

« في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت به طبيعة  
الالتزام » (١) .

#### (١) تاريخ النص :

م ٢٠٨ : ورد هذا النص في المادة ٢٨٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر  
عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبح رقم ٢١٤ في المشروع النهائي .  
ورافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠٨ ( مجموعة الأعمال التصديرية ٢  
ص ٥٢٥ - ٥٢٦ ) .

م ٢٠٩ : ورد هذا النص في المسودة ٢٨٦ من المشروع التمهيدي بزيادة عبارة « ولم يكن  
ضرورياً أن ينفذه بنفسه » في الفقرة الأولى . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، وأصبح رقم ٢١٥  
في المشروع النهائي . ورافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ خلعت عبارة « ولم يكن  
ضرورياً أن ينفذه بنفسه » من الفقرة الأولى ، لأن الدائن هو صاحب المصلحة فيجب أن يترك  
له التقدير فيها إذا كان المدين يجب عليه أن ينفذ الالتزام بنفسه أم لا ، وأصبح رقم المادة ٢٠٩ .  
ورافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة ( مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨ ) .  
م ٢١٠ : ورد هذا النص في المادة ٢٨٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١٥ - في  
الالتزام بعمل ، يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك . ٢ - ويكون  
الأمر كذلك بوجه خاص إذا كان المدين ملزماً أن يقوم بإجراء يقتضيه تنفيذ التصرف . وفي  
لجنة المراجعة أدخل تعديل لفظي طفيف ، وأصبح رقم المادة ٢١٦ في المشروع النهائي . ورافق  
مجلس النواب على النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ خلعت الفقرة الثانية لأنها تضمن حكماً تطبيقياً  
لا حاجة إلى إيراد نص خاص به ، وأصبح رقم المسودة ٢١٠ ، ورافق عليها مجلس الشيوخ  
كما عدلتها لجنة ( مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٥٢٩ - ص ٥٣١ ) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٢/١٥٩ والفقرة الثانية من المادة ١٧٤/١١٧<sup>(١)</sup> . ولا تختلف أحكام التقنين السابق عن أحكام التقنين الجديد رغم اختلاف العبارة في النصوص .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٠٩ - ٢١١ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٤٩ - ٢٥٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المواد ٢١١ - ٢١٣ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني الفقرتين ١ و ٢ من المادة ٢٥٠<sup>(٢)</sup> .

**٤٣٤ - أنواع مسؤولية الالتزام بأعماله عمل معين :** وزى من النصوص المتضمنة أن الالتزام بأعماله عمل معين ، من حيث تدخل المدين الشخصي في تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، أنواع ثلاثة : (١) أن يكون الالتزام ممكن التنفيذ عيناً دون تدخل شخصي من المدين في هذا التنفيذ ، وهذا هو الأصل ، وتنص عليه المادة ٢٠٩ . (٢) أن يكون الالتزام غير ممكن التنفيذ عيناً دون تدخل شخصي من المدين ، وهذا استثناء يرد على الأصل من إحدى ناحيتيه ،

(١) وقد كانت المادة ٢٢٢/١٥٩ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي :  
« لا يجوز الوفاء إلا من التهمة مادام يظهر من كيفية التهمة أن مصلحة التهمة له تستدعي ذلك » .  
وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٧٤/١١٧ تجرى على الوجه الآتي : « ومع ذلك يجوز لهائن أن يحصل على الإذن من المحكمة بعمل ما تهمته به المدين أو بأزالة مانعته مخالفاً لتهمته مع إلزامه بالمصاريف » ، وهذا وذاك مع مراعاة الأسكان بحسب الأحوال » .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٢٠٩ - ٢١١ (مطابقة المواد ٢٠٨ - ٢١٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٢٤٩ ( مطابقة المادة ٢٠٨ من التقنين المدني المصري ) - م ٢٥٠ ( مطابقة المادة ٢٠٩ من التقنين المدني المصري ) . ولا مقابل المادة ٢١٠ من التقنين المدني المصري ، ولكن حكمها جائز التطبيق في القانون العراقي .

التقنين المدني للسلكة الليبية المتضمنة م ٢١١ - ٢١٣ ( مطابقة المواد ٢٠٨ - ٢١٠ من التقنين المدني المصري ) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٠ : ١ - ولا تراعى هذه القاعدة (الوفاء عيناً) في موجبات الأداء فقط ، بل في موجبات الفعل وموجبات الاستناع أيضاً . ٢ - ويحق للمدين أن يطلب من المحكمة الترخيص له في أن ينفذ بنفسه موجب العمل على حساب المدين » . تنطبق أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصري رغم اختلاف العبارة .

ناحية تعلق تنفيذ الالتزام، وتنص عليه المادة ٢٠٨. (٣) أن تكون طبيعة الالتزام تسمح بأن يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العيني، وهذا استثناء يرد على الأصل من الناحية الأخرى، ناحية إمكان تنفيذ الالتزام، وتنص عليه المادة ٢١٠.

### ٤٣٥ - الالتزام بمعاملة عمل معين ممكن التنفيذ حيناً ودون تدخل

المعبر عن : والأمثلة على ذلك كثيرة . بل هذا هو الأصل ، كما قلنا . فإذا تعهد مقاول ببناء دار ، وامتنع من تنفيذ تعهده ، أمكن التنفيذ حيناً دون تدخله الشخصى . وإذا تعهد صانع بصنع شيء معين يمكن لصناع غيره أن يصنعوه ، أمكن كذلك التنفيذ حيناً دون تدخل المدين الشخصى . وإذا تعهد أمين النقل بنقل أشخاص أو أشياء ، أمكن تنفيذ التزامه حيناً دون تدخله ، وهكذا .

والبت فيما إذا كان التنفيذ العيني للالتزام ممكناً دون تدخل المدين الشخصى موكول إلى الدائن ، فهو الذى يرى ما إذا كان يكفى بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون تدخله . وقد كان المشروع المهيئ للمادة ٢٠٩ فى فقرتها الأولى يجرى على الوجه الآتى : « فى الالتزام بعمل إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه ، ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين ، إذا كان هذا التنفيذ ممكناً » . فحذفت عبارة « ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه » ، « لأن الدائن هو صاحب المصلحة ، فيجب أن يترك له التقدير فيما إذا كان المدين يجب عليه أن ينفذ الالتزام بنفسه أم لا (١) » .

فإذا قدر الدائن أن طبيعة الالتزام تسمح بأن يكون التنفيذ العيني كافياً حتى لو قام به غير المدين ، وامتنع المدين من التنفيذ ، استطاع الدائن أن يلجأ إلى القضاء ليطالب ترخيصاً فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين . ويكون الاجتهاد إلى القضاء فى صورة دعوى يطلب فيها الدائن الحكم بالتنفيذ العيني على نفقة المدين . فإذا قرر القاضى أن التنفيذ العيني ممكن بوساطة الغير ، حكم به وبأن يكون على نفقة المدين . فيستطيع المستأجر مثلاً أن يطلب الحكم بإجراء إصلاحات عاجلة فى العين المؤجرة على نفقة المؤجر ، وقد يكون ذلك بطريق الاستعجال إذا وجد مقتضى

(١) وقد سبقت الإشارة إلى ذلك فى تاريخ نص المادة ٢٠٩ (أنظر آنفاً فقرة ٤٣٣ فى المالحش) .

لذلك ، ومتى صدر الحكم نفاذ المستأجر بأن يتعاقد مع من يقوم بهذه الإصلاحات ويرجع بنفقاتها على المؤجر . وكذلك الأمر في تعهد المقاول ببناء الدار ، فانه يجوز للدائن أن يتعاقد مع مقاول آخر - وذلك بعد الحصول على حكم بالتنفيذ المبني على نفقة المدين - فتبني الدار ويرجع الدائن بنفقات البناء على المقاول الأول . وتطبق هذه القاعدة في كل التزام بانجاز عمل يمكن لغير المدين تنفيذه تنفيذاً عينياً دون تدخل شخصي من المدين ، فيستصدر الدائن حكماً بتنفيذ هذا الالتزام على نفقة المدين .

فاذا كان التنفيذ المبني لا يحتمل الإبطاء إلى أن يستصدر الحكم ، كما هي الحال في بعض صور الإصلاحات العاجلة بالعين المؤجرة ، جاز للمستأجر دون أن يستصدر حكماً أن يمهّد إلى مقاول يقوم بهذه الإصلاحات العاجلة - وبمجن أن يكون ذلك بعد إخطار المؤجر - ثم يرجع بنفقة هذه الإصلاحات على المؤجر بدعوى يرفضها عليه يطالبه فيها بذلك ، وهنا يبسط القاضي رقابته لبتبث من أن الظروف كانت تبرر هذا التصرف الاستثنائي ، ومن أن المصروفات التي أنفقت في إجراء هذه الإصلاحات العاجلة كانت في حدود معقولة فيحكم بها كلها على المؤجر ، أو إن فيها إسرافاً فيقضى بخفضها إلى الحد المعقول<sup>(١)</sup> .

وكل ما تقدمناه منصوص عليه في المادة ٢٠٩ ، وقد سبق ذكرها .

---

(١) ذلك أن الدائن عليه أن يتعزى أسير الطرق كلفة وأقلها نفقة في تنفيذ التزام المدين . بل عليه أن يتعاون مع المدين عند نفوق الالتزام إلى أن يتقضى . يتعاون مع المدين عند نشوء الالتزام ، وبخاصة إذا كان المقفود عليه يقتضى عبثة فسيحة توافرت عند الدائن دون المدين ، كحقوق التأمين التي تبرم بين شركات التأمين ، وهي شركات فنية ، وعملاتها ، وكثير منهم تنقصه الخبرة اللازمة ، فلا يمكن أن يمتنع الدائن في مثل هذه الأحوال عن تسليط المدين ، بل يجب عليه أيضاً أن يرفعه ويصره بما هو مقدم عليه من شؤون التصاقل . ويتعاون الدائن مع المدين عند تنفيذ الالتزام . فكل المستأجر مثلا أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كأن يحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة ، أو يتكشف صيب بها ، أو يقع انصباب عليها ، أو يعضى أجنبي بالضرر لها ، أو يلحق ضرر بها (م ٨٥٥ مدق) . وإذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة عليه في الوقت الملائم ، وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه في الرجوع بالعيبان إذا أثبت البائع أن تدخله في الصمون كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق (م ٨٠٤ ، فقرة ٣ مدق) . وإذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به عمل وجه صيب أو منافع لطفه ، أنهله رب العمل بأن يمدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يمهّد =



### ٤٣٦ - الالتزام بأعمال معين غير ممكن التنفيذ حين دون

**تعرف المدين :** وخلافاً للأصل المتقدم ، قد يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن دون تدخل المدين الشخصي في هذا التنفيذ . ويرجع ذلك إما إلى الاتفاق فيشترط الدائن على المدين أن يقوم بتنفيذ الالتزام بنفسه ، وإما إلى طبيعة الالتزام ذاتها فهناك من الالتزامات ما تقتضى طبيعته أن يكون تنفيذه العيني على يد المدين شخصياً . مثل هذه الالتزامات الأخيرة أن يتعهد معلن أو يمثل بالفناء أو بالتخيل في حيلة تنفيذ التزامه يقتضى أن يفتى أو يمثل هو بنفسه ، أو أن يتعهد رسام برسم لوحة فنية ، أو نحّات بصنع تمثال ، أو جراح معروف بإجراء عملية جراحية .

فاذا كان التنفيذ العيني للالتزام يقتضى تدخل المدين الشخصي على النحو المتقدم ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين نفسه ، كما نصت على ذلك المادة ٢٠٨ . فاذا امتنع المدين من أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزامه ، كان للدائن أحد طريقين : (أولهما) أن يلجأ إلى طريق التهديد المالى (astreintes) ، وسيبسط أحكام هذا الطريق تفصيلاً فيما يلي . (والثاني) أن يطالب المدين بالتعويض التقضى لتعذر التنفيذ العيني . وقد يكون هناك شرط جزائى متفق عليه بينهما ، فيطالب

---

= (م) ٦٥٠ (فقرة أول مدق) وفي حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم وأن يتخلوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل (م) ٧١٧ (فقرة ٢ مدق) . وإذا تعاقده المالك مع الناشر ، وجب على المؤلف أن يصر الناشر بتنفيذ التزاماته بأن يسلمه الأصول في الوقت المناسب وأن يقوم بتصحيح التجارب (البروفات) دون إبطاء . وكما يجب على الدائن معاونة المدين ليسر له تنفيذ التزاماته ، كذلك يجب على المدين أن يخضع لرقابة الدائن حتى يستوفى هذا من دقة تنفيذ الالتزام . فإذا نص في العقد مثلاً على أن يكون العامل فوق الأجر المتفق عليه أو بدلا منه حق في جزء من أرباح رب العمل ، أو في نسبة مئوية من جملة الإيراد أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شاكل ذلك ، وجب على رب العمل أن يقدم إلى العامل به كل جرد بياناً بما يستحقه من ذلك . ويجب على رب العمل فوق هذا أن يقدم إلى العامل ، أو إلى شخص موثوق به يمينته ذور الشأن أو يمينته للقاضي ، المعلومات الضرورية لتحقيق من صحة هذا البيان ، وأن يأذن له في ذلك بالإطلاع على دفاتره (م) ٦٩١ (مدق) . (أنظر في مبدأ التعاون بين الدائن والمدين وتطبيقات هذا المبدأ وفي رقابة الدائن على المدين ديجوج ٦ ، فقرة ١٢ — فقرة ٢٠).

الدائن بتنفيذه طبقاً لأحكام الشرط الجزائي التي سنتبسطها في مكان آخر<sup>(١)</sup>.

### ٤٣٧ - الالتزام بعمل معين يقوم بحكم القاضى مقام

تفسيره : وهناك نوع من الالتزامات بانجاز عمل معين تسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضى مقام تنفيذه العيني . وقد نصت المادة ٢١٠ على هذا النوع من الالتزامات ، فجعلت حكم القاضى فيه هو التنفيذ العيني . وأكثر الأمثلة شيوعاً في ذلك هو التزام البائع بالتصديق على إيصائه في عقد البيع تمهيداً لتسجيل العقد . فإن امتنع البائع عن تنفيذ التزامه ، جاز للمشتري أن يطلب الحكم بإثبات صحة التوقيع ، فيكون الحكم الصادر بذلك بمثابة تصديق على الإيضاه يمكن بعده تسجيل عقد البيع . وإذا وقع نزاع في صحة البيع نفسه ، جاز الحكم بثبوت صحة البيع ، ويكون هذا الحكم بمثابة عقد مصدق فيه على الإيضاه فيسجل .

كذلك في الوعد بالتعاقد ، إذا أظهر الموعود له رغبته في أن يتم التعاقد ، وامتنع الواعد من إضفاء العقد ، كان للموعود له أن يستصدر حكماً بإثبات التعاقد ، ويقوم هذا الحكم مقام العقد الموعود بإبرامه<sup>(٢)</sup>.

كذلك في التزام الدائن المرتهن بشطب الرهن بعد سداد الدين ، إذا امتنع الدائن من التقدم إلى قلم كتاب المحكمة لإجراء هذا الشطب ، جاز للمدين أن يستصدر حكماً يقوم مقام التنفيذ العيني ويشطب بمقتضاه الرهن .

وإذا أفرغ الوعد بإجراء رهن رسمي في الشكل الرسمي الواجب ، وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٠١ ، وامتنع الواعد بعد ذلك من تنفيذ وعده بإجراء الرهن ، جاز للدائن أن يستصدر حكماً يقوم مقام التنفيذ العيني ، ويقيد هذا الحكم فيكون لقيده جميع آثار الرهن . وهذا بخلاف ما إذا كان الوعد بإجراء

(١) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى : « إذا كان الالتزام الواجب تنفيذه التزاماً بسجل ، فينبغى التفريق بين حالة ضرورة قيام المدين نفسه بالوفاء وحالة انطوائه على الضرورة . ففي الحالة الأولى يتعين على المدين أن يتولى أداء ما ألزم به شخصياً كما إذا كان يتلأ أو حنياً أو محسوراً ، فإن امتنع من ذلك كان لهائن أن يلجأ لقرارات التهديدية أو التعصيفى التى تنهى عنه عدم اشتراط جزاء » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٧ ) .

(٢) المرسىء جزء أول فقرة ١٣٩

الرجوع الرسمي لم يفرغ في الشكل الرسمي الواجب ، فإن تنفيذه في هذه الحالة لا يكون إلا عن طريق التعويض<sup>(١)</sup> .

## المبحث الثالث

### الالتزام بالامتناع عن عمل

(obligation de ne pas faire)

٤٣٨ - النص الرسمي القانوني : تنص المادة ٢١٢ من القانون المدني على ما يأتي :

«إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ، جاز للمدين أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام . وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين»<sup>(٢)</sup> .

(١) المرسوم جزء أول فقرة ١٣٥ — وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع المتهدي في هذا الصدد ما يأتي : « يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ حين أحياناً ، ولم ضرورة وفاة المدين نفسه بما التزم به . فإذا امتنع البائع مثلاً من التصديق على إتمامه في عقد البيع ، فلم يتم التسجيل ، جاز للمشتري أن يستصدر حكماً بصحة العقد ، فيكون هذا الحكم بمثابة العقد ، وتنتقل ملكية العقار المبيع بمقتضاها عنه تسجيله . وكذلك إذا وعد شخص بأمرام عقد وامتنع عن الوفاء به ، جاز للمحكمة أن تعهد له بمبدأً للتنفيذ ، فإذا لم يتم بالوفاء في خلال هذا الميعاد ، حل حكم القضاء على العقد المقصود إبرامه . في كل من هاتين الحالتين يقوم الحكم مقام التنفيذ حين ويمنع من ( مجرمة الأعمال المشبوهة ٢ ص ٥٢٩ — ص ٥٣٠ ) . انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع المتهدي في مجرمة الأعمال المشبوهة ٢ ص ٥٠٧ .

وقد ثبتت محكمة الاستئناف المختصة بأنه إذا وعد شخص بشئان المقرض وامتنع عن تنفيذه ، جاز للمقرض أن يستصدر حكماً ضد القرضاء يقدم مقام القرض (١٥) نوفمبر سنة ١٨٩٩ م (١٢ ص ١٠) ، وقضت أيضاً بأنه إذا امتنع البائع من إتمامه عقد البيع النهائي ، فالمحكم يقوم مقام العقد النهائي ويسجل فتنقل الملكية (٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) — وانظر أيضاً : استئناف غطط ١١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٥٧ ص ١٦٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٨٩ من المشروع المتهدي على الوجه الآتي :

« إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، وأخل بهذا الالتزام ، جاز للمدين أن يطلب إزالة »

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق الفقرتان الثانية من المادة ١١٧/١٧٤<sup>(١)</sup>.  
ولا فرق في الحكم بين التقنينين الجديد والتقديم.

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
المادة ٢١٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٥٢ ، وفي التقنين المدني الليبي  
المادة ٢١٥ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٥٠ فقرة ٣<sup>(٢)</sup>.

٤٣٩ — أمثلة لموتزام بالامتناع عن عمل : والالتزام بالامتناع  
عن عمل له أمثلة كثيرة . فبائع المتجر قد يلتزم بعدم منافسة المشتري في المتجر  
الذي باعه منه ، فيكون التزامه بعدم المنافسة التزاماً بالامتناع عن عمل . وإذا  
استخدم مهندس في مصنع ، وتعهده المهندس ألا يعمل في مصنع منافس ، فهذا  
أيضاً التزام بالامتناع عن عمل . ومقدم العمال إذا التزم ألا يقدم عمالاً غير متممين

ما وقع مخالفاً للالتزام . وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة  
المدين . وفي حالة الاستعجال يكون له أن يزول المخالفة دون ترخيص . وفي لجنة المراجعة  
حلفت البهارة الأخيرة « وفي حالة الاستعجال ... » لأن هذا الحكم قد يوقع في اضطراب بعض  
نتيجته ، وأصبح رقم المادة ٢١٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس  
الشيوخ تحت رقم ٢١٢ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢٤ — ص ٥٣٦ ) .

(١) كانت الفقرة الثانية من المادة ١١٧/١٧٤ من التقنين المدني السابق — كما رأينا —  
تجرى على الوجه الآتي : « ومع ذلك يجوز للدائن أن يتحصل على الإذن من المحكمة بعمل ما تعهد  
به المدين أو بإزالة ما فعله مخالفاً لتعهد به إلزامه بالمصاريف ، وهذا وذلك مع مراعاة الإمكان  
بحسب الأحوال » .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٣ ( مطابقة المادة ٢١٢  
من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٢٥٢ : إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، وأخل بهذا الالتزام ،  
جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام مع التعويض إذا كان له عمل . ( ولم يرد في  
نص التقنين العراقي أن يطلب للدائن من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة  
المدين ، ولكن ليس في المبادئ العامة لتقنين العراق ما يمنع من هذا الطلب ) .

التقنين المدني السلطنة الليبية المتحدة م ٢١٥ ( مطابقة المادة ٢١٢ من التقنين المدني  
المصري ) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٥٠ فقرة ٣ : كما يحق له أن يطلب إزالة ما أجرى  
خولاً لموجب الاعتناع ، وذلك على حساب المدين . ( ولا فرق في الحكم بين التقنينين اللبناني  
والمصري ) .

لتقاضيهم يكون قد التزم بالامتناع عن عمل . والممثل أو المني إذا تعهد ألا يمثل أو ألا يفتي في غير مسرح معين يكون قد التزم بالامتناع عن عمل . كذلك المانع والمؤجر يتعهد كل منهما بعدم التعرض للمشتري أو للمستأجر ، فهما التزم بالامتناع عن عمل . وفي كل هذه الأمثلة نرى الالتزام بالامتناع عن عمل مصدره العقد .

وقد يكون مصدر هذا الالتزام هو القانون . فالجار ملتزم ألا يضر بجاره ضرراً فحشاً ، فهذا التزم قانوني بالامتناع عن عمل . والطبيب والمهاي ملتزمان بعدم إفشاء سر المهنة ، والتزامهما مصدره القانون . والالتزام بعدم الإثراء على حساب الغير التزم قانوني بالامتناع عن عمل ، يترتب على الإخلال به مسؤولية الإثراء بلا سبب .

والالتزام بالامتناع عن عمل ، كالالتزام بنقل حق عيني ، هو التزم بتحقيق غاية . ومن ثم يكون الالتزام بعدم الإضرار بالغير عن خطأ ، وهو التزم ببطل غاية ، ليس التزاماً بالامتناع عن عمل ، إذ هو في حقيقته التزم باتخاذ الحيلة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، فهو التزم بعمل<sup>(١)</sup> .

#### ٤٤٠ - الموضوع بالالتزام بالامتناع عن عمل : ومادام المدين مجتمعا

عن العمل الذي التزم بالامتناع عنه ، فهو قائم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً . ويتغير الموقف إذا أدخل بهذا الالتزام ، وأتى العمل الممنوع . عند ذلك لا يكون هناك مجال للإلتعويض . أما التنفيذ العيني نفسه فقد أصبح مستحيلاً بمجرد الإخلال بالالتزام<sup>(٢)</sup> .

وقد لا يمكن إلا التعويض التقدي . مثل ذلك إذا أفشى المهاي أو الطبيب سر المهنة ، ففي مثل هذه الحالة لا يكون أمام الدائن إلا أن يطالب بتعويض تقدي . وقد يكون التعويض عينياً لا نقدياً ، ويتم ذلك بإزالة المخالفة التي وقعت

(١) أنظر آتياً فقرة ٢٤٤ في المامش .

(٢) هذا إذا كان السل الممنوع عملاً واحداً لا يتكرر . أما إذا كان عملاً يتكرر ، فلفظي أن يمس باتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع تكرار الإخلال بالالتزام ، إذا كان هذا ممكناً . وفي هذه الحالة يكون المنع تنفيذاً عينياً للالتزام من المستقبل ( دمج ٦ فقرة ١٤٥ ص ١٥٢ ) .

إعطلاً بالالتزام . والفرق بين التنفيذ المعنى والتعويض المعنى أن الأول يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ معني للالتزام عن طريق عدم الإخلال به ، والثاني يكون بعد وقوع الإخلال بالالتزام فإزالة المخالفة تكون هي التعويض المعني . مثل ذلك أن يضر الجار بجاره ضرراً قاصحاً بإقامة حائط يسد عليه منافذ النور والهواء ، عند ذلك يجوز الدائن أن يطلب التعويض المعني بإزالة هذا الحائط ، فإذا امتنع المدين عن الإزالة ، جاز للدائن أن يطلب من القضاء إزالة الحائط على نفقة المدين <sup>(١)</sup> . وهذا ما تنص عليه المادة ٢١٢ وقد تقدم ذكرها . ويلاحظ هنا أن الدائن لا يمتنع له ، حتى في حالة الاستعمال ، أن يقوم بالإزالة دون استصدار حكم على أن يرجع إلى القضاء بعد ذلك ، خلافاً لما رأيناه في الالتزام بنقل حتى معني وفي الالتزام بعمل حيث يكون له هذا الحق . ذلك أن إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام بالامتناع عن عمل أمر لا يخلو من العنف ، فلا يصح للدائن أن يتولاه بنفسه دون استصدار حكم بذلك ، وهنا نرى البند القاضي ألا يستأدى الدائن حقه (so faire justice) يطبق تطبيقاً دقيقاً . وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً يبيح للدائن أن يزيل ما وقع مخالفاً للالتزام دون استصدار حكم بذلك على أن يرجع إلى القضاء بعد إزالة المخالفة ، ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة للاعتبارات المتضمنة المذكور <sup>(٢)</sup> .

وكثيراً ما يكون هذا التعويض المعني غير كاف لتعويض الضرر تعويضاً كاملاً ، فيضاف إليه تعويض تقدي . ففي مثل الحائط الذي أقامه الجار إضراراً بجاره وأزيل على نفقته بحكم من القضاء ، يلاحظ أن الإزالة وحدها قد لا تكفي إذ يطلب أن يكون الجار قد أصابه ضرر من قيام الحائط المدة التي كان فيها قائماً ، وهذا الضرر لا علاج له إلا بالتعويض التقدي ، فيحكم القاضي بإزالة الحائط وتعويض تقدي مما حدث من الضرر الجار إذا كان هناك مقتضى لذلك . ويلاحظ أخيراً أن التعويض المعني ، حتى إذا كان ممكناً ، قد يكون مرهقاً

---

(١) وليس من الضروري أن يجب للقاضي الدائن إل طلبة ، بل للقاضي سلطة التقدير ، وقد يرى من المناسب الاستصدار على الحكم بتعويض تقدي (أنظر في هذا المعنى دوج ٦ فقرة ١٤٦ ص ١٥٥) .

(٢) أنظر أيضاً ، في تاريخ نص المادة ٢١٢ ، فقرة ٤٣٨ في المجلس .

المدين ولا ينجم عن الاقتصار على التعويض التقدي ضرر جسم يلحق العائن .  
مثل ذلك أن يقيم الجار بناء فيجور بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ،  
فلمحكمة في هذه الحالة ، بدلا من أن تأمر بإزالة البناء ، أن تقتصر على تعويض  
صاحب الأرض الملاصقة تعويضا تقديا ، بأن ينزل هذا عن ملكية الجزء المشغول  
بالبناء في نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدني) وقد سبق تفصيل ذلك (١) .

ويصح أيضا الالتجاء إلى طريق التهديد المالي إذا تكرر الإخلال بالالتزام ،  
أو كان هذا الإخلال مستمرا ، وذلك إلى أن يزيله المدين بنفسه .

## الفرع الثاني

### وسائل التنفيذ المعنى

٤٤١ - كيف يكون التنفيذ المعنى : رأينا فيما تقدم أن التنفيذ المعنى

قد يكون اختيارياً يقوم به المدين طوعاً ، وهذا هو الوفاء (paiement) ، وسبب  
أحكامه عند الكلام في انقضاء الالتزام في الجزء الثالث من هذا الكتاب .

وقد يكون التنفيذ المعنى جبراً على المدين . وهنا تختلف وسائله :

(١) فأكثر ما يكون بالتنفيذ القهري ، فتقوم السلطة العامة بإجبار المدين

على تنفيذ التزامه . والسلطة العامة لها أعوان تزودهم بالسلطة اللازمة لهذا الإجبار ،

---

(١) وقد جاء في المذكر: الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «إذا التزم المدين بالامتثال من عمل ، فبعد إخلاله بالتزامه يرتب مسئولية ، ويكون بذلك ملزماً بأداء تعويض تقدي . وقد يكون الوفاء المعنى (إقرار التعويض المعنى) مكنياً من طريق إزالة ما أسبغت إخلالا بالالتزام ، وفي هذه الحالة يكون الدائن أن يستصدر إذناً من القضاء بأن يقوم عليه الإزالة على نفقة المدين . وأخيراً تحسن الإشارة إلى أمرين : أولهما جواز الجمع بين التنفيذ (التعويض) المعنى والتعويض التقدي عند أول إخلال يقع من المدين . والثاني جسواز الدخول من التنفيذ (التعويض) المعنى ولو كان مكنياً والاكتفاء بالتعويض التقدي وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٧٩ (م ٢٠٢ فقرة ٢ مدني) إذا كان يصيب المدين من جراء التنفيذ على هذا الوجه ضرر فادح » (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٥٣٥) . أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٥٠٨ .

ولهم هؤلاء الأحرار هم المحضرون . فإذا كان لدى المدين سند تنفيذي بحقه ، وامتنع المدين عن أداء هذا الحق طوعاً ، استطاع الدائن أن يكلف أحد المحضرين بإجبار المدين على التنفيذ قهراً (manu militari) ، كأن يجبره على تسليم الأرض التي للزم بتسليمها للدائن . والغالب أن يكون التنفيذ القهري عن طريق الحجز على أموال المدين .

(٢) وقد يقوم الدائن نفسه بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان تدخل المدين الشخصي غير ضروري في هذا التنفيذ ، ويرجع الدائن بعد ذلك إلى القضاء على النحو الذي فصلناه فيما تقدم .

(٣) وقد يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك ، كما رأينا في الالتزام بالتصديق على الإضاء ونحوه مما سبق بيانه .

(٤) وقد يتكفل القانون نفسه بإجراء التنفيذ العيني فتنتقل ملكية العين المعينة إلى الدائن بحكم القانون في الالتزام بنقل الملكية ، كما رأينا فيما مر .

وهناك وسيلتان أخريان للتنفيذ العيني لم يسبق لنا تفصيلهما ، فنفردهما الآن بالبحث ، وهما : ( أولاً ) الإكراه البدني ( ثانياً ) التهديد المالي .

## المبحث الأول

### الإكراه البدني

(Contrainte par corps)

٤٤٢ - التنفيذ عن طريق الإكراه البدني وتطوره - القانون

الروماني والقانون الفرنسي : كان المدين في المصور القديمة يلتزم بالدين في جسمه لاق ماله . فكان القانون الروماني القديم يبيح للدائن أن يملك المدين الذي لا يدين بدنه ، فيسترقه ، بل ويقتله . ثم تطور القانون الروماني ، فلم يصبح للدائن إلا حق حبس المدين وإجباره على العمل لمصلحته . ثم تحول الالتزام من الجسم إلى المال ، فلم يصبح للدائن إلا حق التنفيذ على أموال المدين .



على أن حبس المدين في الدين ، كاجراء تهديدى للضغط عليه وإجباره على الوفاء بدبته إذا كان قادراً على ذلك ، ببق مدة طويلة ، وانتقل إلى التقنين المدنى الفرنسى نفسه ، فنصت المواد ٢٠٥٩ إلى ٢٠٧٠ من هذا التقنين على التنفيذ بطريق الإكراه البدنى ، وفى أى الديون يكون ذلك<sup>(١)</sup> . ونصت المواد ١٢٦٥ إلى ١٢٧٠ من التقنين المدنى الفرنسى على طريقة يتضاد بها المدنى الإكراه البدنى ، وهى النزول من جميع أمواله (cession de biens) يستولى الدائتون على ريعها ويبيعونها لاستيفاء حقوقهم ، ولا تبرأ ذمة المدين إلا بقدر ما استوفى الدائتون من هذه الحقوق .

وبقى الأمر على هذه الحال فى القساون الفرنسى حتى ألغى التنفيذ بطريق الإكراه البدنى فى المواد المدنية والتجارية بقانون ٢٢ يوليه سنة ١٨٦٧ ، ولم يبق له تطبيق إلا فى المواد الجنائية<sup>(٢)</sup> .

٤٤٣ - **التنفيذ عن طريق الإكراه البدنى فى القانون المصرى :**  
أما فى القانون المصرى فالإكراه البدنى ، سواء فى التقنين السابق أو التقنين الجديد ، غير جائز . ذلك أن فكرة الإكراه البدنى - حتى باعتبارها وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء - تخالف المبادئ المدنية الحديثة . فالمدين يلتزم فى ماله لا فى شخصه ، وجزاء الالتزام تعويض لا عقوبة . فحبس المدين فى الدين رجوع بفكرة الالتزام إلى عهدنا الأول ، حيث كان المدين يلتزم فى شخصه ، وحيث كان القانون الجنائى يختلط بالقانون المدنى فيتلاقى معنى العقوبة مع معنى التعويض

(١) كان الحبس يجوز فى بعض الديون المدنية التى تنتم بطابع النش ، وفى جميع للديون التجارية إذا بلغ الدين مائتين من الفراكات ( قانون ١٥ جرنيل السنة السادسة للهجرة وقانون ١٧ أبريل سنة ١٨٣٢ ) ، وفى المواد الجنائية . وكان أهم غرض يتوخى من الإكراه البدنى هو الضغط على المدين القادر على الوفاء بدبته حتى يخرج ما أغنى من ماله ، أو حل كل حال حتى يملونه أهله على الوفاء بدبته .

(٢) وذلك فى الغرامة (amende) والرد (restitution) والتعويضات (dommages-intérêts) والمصروفات (frais) . فكل تعويض عن جريمة يجوز حبس المدين للوفاء به ، حتى لو كانت المحكمة التى قضت بالتعويض هى محكمة مدنية ، بشرط أن يصدر حكم بإدانة المدين من محكمة جنائية ( كولاى وكابيتان ومورانديير ٢ بقرة ٢٠٧ ) .

في الجزاء الواحد (٣).

على أن الإكراه البلى في القانون المصري - ولو أنه غير جائز في المواد المدنية والمواد التجارية - جائز في بعض المواد الشرعية وفي المواد الجنائية .

٤٤٤ - إكراه البدني في دين النفقة والحضانة والرضاع والسكن :

نصت المادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه «إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في أجره الحضانة أو الرضاع أو السكن ، يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي بدأرتها محل التنفيذ ، ومنى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ، وأمرته ولم يمثل ، حكمت بحبسه ، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً . أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به ، أو أحضر كفيلًا ، فإنه يخل سبيله . وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » .

ويستخلص من هذا النص أن حبس المدين في الدين جائز بالشروط الآتية :  
(١) أن يكون الحكم المراد تنفيذه صادراً في نفقة أو في أجره حضانة أو رضاع أو سكن .

(٢) أن يكون المحكوم عليه قادراً على القيام بما حكم به ، وقد أمرته المحكمة بذلك فلم يمثل . ويؤخذ من هذا الشرط أن الحبس ليس إلا وسيلة للضغط على المدين القادر على الوفاء بدينونه ، وإنما يتمتع عن الوفاء تمتاً ، فالحبس يراد به التغلب على هذا التمتت من جانب المدين .

(٣) أن يصدر حكم بحبس المدين من المحكمة الجزئية الشرعية التي بدأرتها محل التنفيذ .

(٤) ألا تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوماً ، يخل سبيله بعد انتهائها ، أو قبل

---

(١) الموجز المولف فقرة ٤٣٦ - أما في الفقه الإسلامي - في المذهب الحنفى - فميرى أبو حنيفة عدم جواز بيع مال المدين عليه وفاء بدينه ، لأن في البيع الجبري إهداراً لأدميته ، ولكن يحبس المدين في الدين على سبيل التهديد . وميرى صاحبان بيع مال المدين عليه ، وقولهما هو الحق في المذهب . راجع في حبس المدين في الدين في القانون اللبناني الدكتور صبحي الحاصاني في آثار الالتزام في قانون اللبناني ص ٥٣ - ص ٥٤ .

انتهائها إذا أتم الضغط على المدين فأدى ما حكم به أو أحضر كخيلا .  
ويلاحظ أن حبس المدين في هذه الحالة لا يفي به من تنفيذ الحكم عليه  
بطريق الحبس على ماله . فالحبس إذن ليس إلا إكراهاً بدنياً غير مبريء للذمة .

٤٤٥ - الإكراه البدني في المسائل الجنائية : نصت المادة ٥١١ من  
تقنين الإجراءات الجنائية على أنه ويجوز الإكراه البدني لتحصيل المبالغ الناشئة  
عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة ، ويكون هذا الإكراه  
بالحبس البسيط .

والمبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة هي :  
(١) الغرامة (٢) المصاريف والرد والتعويضات للحكومة . ولا بد أن تكون هذه  
المبالغ ناشئة عن الجريمة ، ولو كانت المحكمة التي أصدرت الحكم الجنائي لجنة  
إدارية لما اختصاص قضائي . فإذا قضى ببراءة المتهم مع الحكم بالتعويض ،  
أو حكم بتعويض مدني من محكمة مدنية دون حكم جنائي بالعقوبة من محكمة  
جنائية ، أو نال المحكوم عليه عفواً أو إعادة اعتبار ، أو سقطت العقوبة بمضي  
المدة (م ٥٣٤ إجراءات جنائية) ، فلا تكون المبالغ في هذه الحالات ناشئة عن  
الجريمة ولا يجوز فيها الإكراه البدني . كذلك لا يحكم بالإكراه البدني على من  
تقل سنه عن خمس عشرة سنة وقت ارتكاب الجريمة ولا على من حكم لمصلحته  
بوقف التنفيذ (م ١٢٢ إجراءات جنائية) . أما التعويضات الواجبة للمدعي مدني غير  
الحكومة ، فيجوز لاستيفائها صدور حكم من محكمة الجنح التي بدلتها محل  
المحكوم عليه بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور ، إذا ثبت للمحكمة قدرة  
المدين على الوفاء وأمرته فلم يمثل ، وهذا بخلاف المبالغ المقضى بها للحكومة  
فلا يشترط فيها لا اليسار ولا صدور حكم .

والإكراه البدني في الغرامة يبريء ذمة المدين : عشرة قروش عن كل يوم ،  
فالإكراه البدني هنا هو إحلال عقوبة الحبس محل عقوبة الغرامة . أما الإكراه  
البدني في المصروفات والرد والتعويضات ، سواء للحكومة أو لغيرها ، فانه  
لا يبريء ذمة المدين ، وإنما هو مجرد ضغط عليه لإجباره على الوفاء . ومن ثم  
يجوز التنفيذ على ماله بعد الإكراه البدني .

والحبس في الإكراه البدني مدد نصوى نصت عليها المادة ٥١١ من تفتين الإجراءات الجنائية . ويجوز إبطال الحبس بعمل يدوى أو صناعى (م ٥٢٠ إجراءات جنائية) ، فيستزل من المبالغ المستحقة للحكومة من الغرامة والمصاريف والرد والتعويضات ما يقابل شغل المحكوم عليه باعتبار مبلغ عشرة قروش من كل يوم (م ٥٢٣ إجراءات جنائية) . وزى من ذلك أن الحبس إذا كان لا يبرىه النعمة في المصروفات والرد والتعويضات المستحقة للحكومة ، فانه إذا استبدل به عمل يدوى أو صناعى كان هذا العمل مبرراً للعمة على النحو المتقدم (١) .

## المبحث الثانى

### التهديد للمال

(Les astreintes)

٤٤٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢١٣ من تفتين المدنى على ما يأتى :

١٥ - إذا كان تنفيذ الالتزام عبثاً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدين أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبلغ غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك .

٢٥ - وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين المحتنع عن التنفيذ ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً لزيادته .

وتنص المادة ٢١٤ على ما يأتى :

(١) انظر في الإكراه البدني في المواد الجنائية الأستاذ حل ذك العرابي في المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية جزء ٢٠ فقرة ٩٣٨ - فقرة ٩٧٤ .

\* مراجع : ماسان (Massin) في التنفيذ الجبرى للالتزام بعمل والالتزام بالاستعانة من محل رسالة من باريس سنة ١٨٩٣ - كرواسان (Croissant) في التهديد المال رسالة من باريس سنة ١٨٩٨ - تيرلان (Turlan) في التهديد المال رسالة من تولوز سنة ١٩٢٥ - جليز (Gleizes) في التهديد المال رسالة من مونتيلييه سنة ١٩٣٥ - كنيبر (Candé) في التهديد المال رسالة من باريس سنة ١٩٥٠ - كايزر (Kaiser) مقال في المجلة الفصلية لقانون المدنى سنة ١٩٥٢ ص ٣٠٩ وما بعدها .

« إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين، مراعى فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والغنت الذى يلا من المدين»<sup>(١)</sup> .

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن أحكام التهديد المالى كما هى مبسطة فى التقنين المدنى الجديد كان معمولاً بها قضاءً فى عهد التقنين السابق ، وليست نصوص التقنين الجديد إلا تقنيناً لأحكام هذا القضاء<sup>(٢)</sup> .

#### (١) تاريخ النصوص :

٢١٣٢ : ورد هذا النص فى المادتين ٢٩٠ و ٢٩١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد . ووافقت عليها لجنة المراجعة تحت رقى ٢١٩ و ٢٢٠ من المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ أدرجت المادتان فى مادة واحدة وأصبح رقبها ٢١٣ ، وفُسرَت عبارة « غير ملائم » بالمثل الذى ألزم بعدم التمثيل على مسرح آخر ثم أُخل بالترامه ، فالنفيذ العيني هنا يمكن ولكنه غير ملائم . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجته ( مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٥٣٦ - ص ٥٣٨ ) .

٢١٤ : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد فيما عدا أن المشروع التمهيدى اشتمل على لفظ « نهائياً » بعد عبارة « حدد القاضى » ، واشتمل لفظ « التعتى » بدلا من لفظ « التعت » . وأقرت لجنة المراجعة المشروع التمهيدى بعد حذف لفظ « نهائياً » . وقد سأل أحد الأعضاء فى اللجنة هل الحكم بالفراغة التهديدية يكون قابلاً للتنفيذ إذا كان صادراً من محكمة آخر درجة أو كان الحكم الأصل مشعولاً بالنفاد المصلى ؟ وبعد المناقشة استقر رأى اللجنة على أن الحكم بالفراغة التهديدية لا يكون قابلاً للتنفيذ إلا بعد أن يحدد القاضى نهائياً قيمة التعويض وأن فائدة الحكم بالفراغة التهديدية بالنسبة إلى الحكم بالتعويض العادى تنحصر فى أن التحديد النهائى للتعويض فى حالة الفراغة التهديدية يسلط فيه التعتى الذى يبدو من المدين ، هذا إلى أنه إذا أصر المدين على رفض التنفيذ كان هذا كافياً ليحدد القاضى نهائياً مقدار التعويض . وأصبح رقم المادة ( هو ٢٢١ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، وكذلك لجنة مجلس الشيوخ بعد استبدال لفظ « التعت » بلفظ « التعتى » ، وأصبح رقم المادة هو ٢١٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجته ( مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٥٣٩ — ص ٥٤١ ) .

(٢) وكان القضاء المصرى فى عهد التقنين السابق — كالقضاء الفرنسى حتى الآن — يجرى أحكام التهديد المالى دون نص تشريعى . وعانى القضاء المصرى ، كما يعانى القضاء الفرنسى ، فى سبيل التماس منه تشريعى لم يكن موجوداً . ففطن التقنين المدنى الجديد هذا القضاء فى النصوص التى تقدم ذكرها ، فارتكز نظام التهديد المالى فى التقنين الجديد على أساس تشريعى واضح. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: « من المعلوم أن القضاء المصرى كثيراً »

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢١٤-٢١٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٥٣-٢٥٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢١٦-٢١٧ ، وفي تقنين الموجبات والقيود البنائي المادة ٢٥١<sup>(١)</sup> .

« ما عانى في سبيل القاس منه من التشريع لنظام الغرامات التهديدية . وإزاء ذلك عمد المشروع إلى إقرار هذا النظام إقراراً تشريعياً ، فاختص بمواد ثلاث ، ليست في حقيقتها إلا تقنياً لما انتهى إليه القضاء في هذا الشأن . ويقصد من أعمال نظام الغرامات التهديدية إل حل المدين حل الوفاء عيناً بالالتزام بمنع تنفيذه بغير تدخله شخصياً ، فإذا امتنع المدين من الوفاء بطل هذا الالتزام ، حكم القاضي عليه بغرامة تهديدية لثنيه عن عتاده ، وعلى أن يبعد النظر في حكمه عندما يستبين ما استقر عليه رأى المدين . ويعتبر القاضي في تقدير التمييز النهائي بما يكون من أمر مراعاة المدين في التنفيذ نعمتاً وعناداً من غير مقتضى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٠٨) .

وتقول المذكرة الإيضاحية أيضاً في موضع آخر : « لعل أهم ما يجب حل نظام الغرامات التهديدية ، في وضعه الراهن ، أنه لا يستند إلى نص من نصوص التشريع ، بل هو وليد اجتهاد القضاء . وقد قصد المشروع إلى تدارك هذا العيب ، فأورد هذه المواد الثلاث باعتبارها سنداً تشريعياً يركن إليه عند التطبيق ، وهي بعد ليست إلا تقنياً لما جرى عليه القضاء من قبل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٤-٢١٥ (مطابقتان لنص المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٥٣ (مطابقة في الحكم للمادة ٢١٣ من التقنين المصري ، إلا أن المادة ٢٥٣ من التقنين العراقي لم تورد الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من التقنين المصري التي تجيز للقاضي أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً لزيادة — ولكن لا يوجد ما يمنع القاضي العراقي من زيادة الغرامة التهديدية إن رأى داعياً لذلك ، فإن هذه هي طبيعة الغرامة التهديدية بالرغم من عدم ورود نص في هذا الشأن : انظر الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٢٨ ص ٢٤ — ويذهب الدكتور الذنون إلى أن وسيلة التهديد المسالك لا تنسجم مع روح القانون ولا مع قواعد المدافعة انظر ص ٢٥) .

م ٢٥٤ (مطابقة في الحكم للمادة ٢١٤ من التقنين المصري ، وتكاد تكون مطابقة لها في اللفظ أيضاً) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢١٦-٢١٧ (مطابقتان للمادتين ٢١٣ — ٢١٤ من التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والقيود البنائي م ٢٥١ : غير أنه لا يمكن تطبيق هذه المعاملة (التنفيذ البنائي) على الموجبات التي يستلزم إيفائها عيناً قيام المدينون نفسه بالعمل . فيحق الدائن حينئذ أن يطلب المحكم على المدينون بغرامة من كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر يتأخر فيه أو كل —

وتتكمّل في مسألتين : (أولاً) شروط الحكم بالتهديد المالى ومميزاته وطبيعته  
وسنده القانونى (ثانياً) أثر الحكم بالتهديد المالى .

## المطلب الأول

شروط الحكم بالتهديد المالى ومميزاته وطبيعته وسنده القانونى

٤٤٧ - معنى التهديد المالى : تتلخص وسيلة التهديد المالى ، وفقاً  
للمنصوص التى تقدم ذكرها ، فى أن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عيناً فى  
خلال مدة معينة ، فإذا تأخر فى التنفيذ كان ملزماً بدفع غرامة تهديدية عن هذا  
التأخر ، مبلغاً معيناً عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أية وحدة أخرى  
من الزمن ، أو عن كل مرة يأتى عملاً يخل بالالتزام ، وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ  
العينى أو إلى أن يمتنع نهائياً عن الإخلال بالالتزام . ثم يرجع إلى القضاء فيما  
تراكم على المدين من الغرامات التهديدية ، ويجوز للقاضى أن يخفّض هذه الغرامات  
أو أن يحوّلها بتاتاً <sup>(١)</sup> .

= نكول يرتكبه ، وغبة فى إكراه المدينون المتسدد وإخراجه من الجود . وبعد تنفيذ الموجب  
عيناً يحق للمحكمة أن تمنع من الغرامة أو أن تبقى منها ما يمرض الدائن من الضرر الذى لحقه بسبب  
الامتناع غير المشروع الذى بدأ من المدينون . ( والحكم واحد فى التقنين البنى والتقنين المصرى  
وغير اختلاف الشهادة - ويقول الأستاذ صبحى المحمصانى فى كتابه آثار الالتزام فى القانون المدنى  
البنى ص ٧ أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ مصرى « زيادة الغرامة التهديدية إذا وجد داع  
لزيادة » وإن لم ترد صراحة فى القانون البنى ، إلا أنها تدخل دلالة فى معنى الغرامة التهديدية  
التي هى بطبيعتها حكم موقوف تتوقف نتيجته على موقف المدين النهائى إزاء التنفيذ العيني المطلوب ،  
لذلك كانت الغرامة قابلة للتعديل بحسب ما يراه القاضى ضرورياً لتنفيذ الغاية المقصودة ، وهى  
إكراه المدين على تنفيذ العيني فى التزام العمل ) .

(١) المرجع المؤلف فقرة ٤٣٨ - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدى :  
« وتسمى قواعد الغرامات التهديدية على كل التزام بعمل أو باستناع من عمل ، أياً كان مصدره ،  
مما كان الوفاء به عيناً لا يزال فى حدود الإمكان ، وكان هذا الوفاء يقتضى تدخل المدين نفسه .  
والغرامة التهديدية هى مبلغ من المالى يقضى بالالتزام المدين بأدائه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو  
أية فترة معينة من الزمن ، أو عن كل إخلال يرد على الالتزام . ويقصد من هذه الغرامة إلى التثلب  
على عاقبة المدين المتخلف ، ولهذا أوجب للقاضى أن يزيد فيها إزاء تلك المأتمنة كلما آنس أن ذلك  
أكثرل بتحقيق الغرض المقصود ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠ ) » =

ومما تقدم نستطيع أن نستخلص: (١) شروط الحكم بالتهديد المالي (٢) ومميزات هذا الحكم (٣) وطبيعته (٤) والسند القانوني الذي يقوم عليه .

٤٤٨ - شروط الحكم بالتهديد المالي : يشترط في الالتجاء إلى وسيلة التهديد المالي والحكم بفرامة تهديدية الشروط الآتية : ( أولاً ) أن يكون هناك التزام امتنع المدين عن تنفيذه مع أن تنفيذه العيني لا يزال ممكناً<sup>(١)</sup> . ( ثانياً ) أن يكون التنفيذ العيني لهذا الالتزام يقتضي تدخل المدين الشخصي ، وإلا كان التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم . ( ثالثاً ) أن يلجأ الدائن إلى المطالبة بتوقيع فرامة تهديدية على المدين كوسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني .

٤٤٩ - الشرط الأول - التزام امتنع المدين عن تنفيذه مع أنه

تفنيذه العيني لا يزال ممكناً . لا بد أن يكون هناك التزام امتنع الدائن عن تنفيذه . فإذا لم يوجد التزام فلا محل للتهديد المالي . ومن ثم لا يجوز الالتجاء إلى التهديد المالي لإجبار المدين عليه على الحضور إلى المحكمة ، فانه غير ملائم بالحضور ، وقد نظم تقنين المرافعات ما يترتب على غيابه من نتائج<sup>(٢)</sup> . ثم لا بد من أن يكون

= ويلاحظ أن التهديد المالي يرمي إلى حل المدين عن التنفيذ العيني إذا كان التزامه التزاماً بعمل ، وإلى حله عن التصويض العيني إذا كان التزامه التزاماً بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام . ويستوى في هذا الصدد ، من الناحية العملية ، التنفيذ العيني والتصويض العيني ، ومن ثم لا نرى بأساً من إطلاق عبارة « التنفيذ العيني » على كل من التنفيذ العيني والتصويض العيني .

(١) فإذا كان الالتزام التزاماً بالامتناع عن عمل وأخل به المدين ، فيشترط أن يكون التصويض العيني من الإخلال بالالتزام لا يزال ممكناً . وقد تقدم أن التصويض العيني يمثل التنفيذ العيني في هذا الصدد ، وأن عبارة « التنفيذ العيني » قد قصد بها التصويض العيني .

(٢) ديموج ٦ فقرة ٥٠٩ ص ٥٤٥ - ٥٤٦ - بلانيول وريبير وروخوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ١٠٠ - كذلك لا يمكن بفرامة تهديدية على من لم يجبر على أن يذكر أسماه شركائه ، إلا لا يوجد عليه التزام قانوني بذلك ( كازيدو في المحلة الفصلية لقانون المرفق سنة ١٩٥٢ ص ٢٢٠ - الأستاذ إسحاق غلام في أحكام الالتزام فقرة ٥٤ ص ٧٢ - ومع ذلك انظر بلانيول وريبير وروخوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٩٩ ) - هذا ويجوز أن يكون المدين الذي يمكن عليه بفرامة تهديدية هو الدولة ذاتها كسلطة البلديات ، أو شخص من أشخاص القانون العام كإحدى الجامعات أو أحد المجالس البلدية . ( انظر فرجيل (Zetjéville) في أنيسكلوبيدي دالتوز ١ لفظ *Autorité* فقرة ٢٤ ) .



المدين متمتعاً من تنفيذ التزامه ، بأن تطلب إليه المحكمة هذا التنفيذ فلا يمثل . أما إذا امتثل فلا محل للحكم عليه بتهديد مالى ، وكذلك إذا حكم عليه فباشر إلى تنفيذ التزامه في المعاد الذى حددته المحكمة فلا يسرى عليه هذا الحكم لأن سرياته مشروط بعدم التنفيذ .

ولا بد أن يكون الالتزام لا يزال ممكناً تنفيذه حيناً . أما إذا أصبح تنفيذه العيى مستحيلاً ، كأن هلك الشيء المطلوب تسليمه أو أتى المدين العمل الذى التزم بالامتناع عنه ولم يعد فى الاستطاعة الرجوع فى ذلك ، فلا محل للاتجاه إلى التهديد المالى ، فان الاتجاه إلى هذا الطريق إنما هو تهديد للمدين حتى يقوم بالتنفيذ ، وقد أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً ، ومن ثم أصبح التهديد المالى غير دى موضوع<sup>(١)</sup>.

#### ٤٥٠ - الشرط الثانى - تدخل المدين ضرورى والدالة التنفيذ

غير ممكن أو غير معلوم : ويشترط ثانياً أن يكون تدخل المدين الشخصى ضرورياً لتنفيذ الالتزام تنفيذاً حقيقياً ، بحيث إن هذا التنفيذ يصبح من غير تدخل المدين غير ممكن أو غير ملائم<sup>(٢)</sup> . ونستعرض من هذه الناحية الالتزام بنقل الملكية والالتزام بالعمل والالتزام بالامتناع عن العمل .

فى الالتزام بنقل الملكية إذا كان محل الالتزام حيناً معينة ، انتقلت ملكيتها بحكم القانون إلى الدائن كما رأينا ، فأصبح الالتزام منفذاً ولا حاجة لتهديد المالى . كذلك إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود فلا حاجة فى تنفيذ هذا الالتزام إلى تهديد مالى ، لأن تنفيذه حيناً دون تدخل المدين ممكن عن طريق الحجز على أموال

---

(١) فإذا كان هناك التزام بتقديم مستندات مثلاً ، وثبت أن هذه المستندات قد أمدت ، فلا محل للحكم بهدأة تهدية ، وإنما يقضى بالتعويض إذا توافرت شروط . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا محل للحكم بتهديد مالى إذا أصبح التنفيذ العيى مستحيلاً ببيع العين المرفوع بشأنها دعوى الاستعصال ( ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٤ ) .

(٢) لأن أمكن التنفيذ العيى دون تدخل المدين الشخصى ، فلا محل للاتجاه إلى التهديد المالى : استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٣٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٨٥ - ٢١ مارس سنة ١٩١٨ جازات ٨ رقم ٢٣٠ ص ٢٥٥ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٠٩ - أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٦ .

المدين<sup>(١)</sup>. بقى الالتزام بنقل ملكية شيء لم يعين إلا بنوعه ، وفى أغلب أحواله يمكن التنفيذ العيني دون تدخل المدين بأن يحصل الدائن على حكم بالتنفيذ على نفقة المدين كما رأينا ، وفى الحالات النادرة التى لا يد فيها من تدخل المدين ليكون التنفيذ العيني ممكناً أو ملائماً يجوز للدائن أن يلجأ إلى وسيلة التهديد المالى<sup>(٢)</sup>.

والالتزام بعمل هو الميدان الذى يتسع عادة للتهديد المالى<sup>(٣)</sup>. فى نطاق المعاملات المدنية حيث يكون التنفيذ العيني للالتزام دون تدخل المدين غير ممكن أو غير ملائم ، يجوز الالتجاء إلى التهديد المالى ، كما هو الأمر فى الالتزام بتقديم حساب<sup>(٤)</sup> ، وفى الالتزام بتقديم مستندات ، وفى الالتزام بالقيام بعمل فى كفاءة أو تمثيل أو تصوير<sup>(٥)</sup> ، وفى التزام شركات الاحتكار بتقديم خدماتها للمستهلكين كإعادة المواصلات التليفونية وتوصيل التيار الكهربائى ، وفى الالتزام بإخلاء عين مؤجرة أو تسليمها . وبعض هذه الالتزامات غير ممكن التنفيذ عينا دون تدخل المدين ، وبعضها تنفيذه غير ملائم دون هذا التدخل ، ويكون فى إكراه المدين على التدخل حجر على الحرية الشخصية . وفى نطاق الأحوال الشخصية يجوز الالتجاء إلى التهديد المالى فى الالتزام بتسليم الأولاد إلى من له حق

(١) قارن بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٨٩٨ — وانظر دوجو ٦ فقرة ٥٠٩ ص ٥٤٦ .

(٢) بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ٩٨ — مثل ذلك أن يكون الشيء الذى لم يعين إلا بنوعه وتمتع المدين بنقل ملكيته نادر الوجود ، ويكون من اليسير نسبياً على المدين أن يمتنع عليه ، فيحكم عليه بفرامة تهديدية إذا لم يتم بتنفيذ التزامه عيناً (فريجافيل : أنسيكلوبيدى دالوز ١ astreinte . فقرة ٢٣) .

ويفسر القضاء الفرنسى فكرة عدم الملائمة تفسيراً واسعاً ، فيمكن أن يكون التهديد المالى من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام عيناً أبسط فى الإجراءات من التنفيذ القهرى حتى يلجأ إليه القضاء ، فإذاً إلى أن التنفيذ القهرى فى هذه الحالة يكون غير ملائم ، والواقع أن التنفيذ القهرى ملائم ولكن التهديد المالى أكثر ملائمة ( نفى فرنسى ١٤ مارس سنة ١٩٢٧ دالوز الأسبوعى ١٩٢٧ - ٢٧٤ - ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣٠ - ٦٥٥ - انظر فى هذا المعنى فريجافيل : أنسيكلوبيدى دالوز ١ astreintes فقرة ٢٤ ) .

(٣) استئناف غخط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٧٨٧ .

(٤) استئناف غخط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٠٢ .

(٥) استئناف مصر ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٤ ص ٤٥٢ .

حضانتهم<sup>(١)</sup> ، وفي التزام الزوجة أن تذهب إلى عمل الطاعة ، وهذان التزامان يمكن تنفيذهما جبراً على المدين - وينفذان فضلاً على هذا التحقّق كثير من الأحوال في المحاكم الشرعية - ولكن التنفيذ القهري يكون عادة غير ملائم ، فيصح الالتجاء إلى التهديد المالي<sup>(٢)</sup> .

وفي الالتزام بالامتناع عن عمل قد يكون الإخلال بالالتزام من شأنه أن يجعل التعويض العيني مستحبلاً ، فلا يكون هناك محل للتهديد المالي . مثل ذلك أن يفشى الطبيب أو المحامي سر المهنة ، فيتعين في هذه الحالة الاقتصاد على الحكم بالتعويض . أما إذا كان التعويض العيني ممكناً ولكن عن طريق تدخل المدين الشخصي كوسيلة ضرورية أو ملائمة ، جاز الالتجاء إلى التهديد المالي . مثل ذلك التزام الممثل بالأداء في مسرح معين<sup>(٣)</sup> ، والالتزام المهندس بالأعمال في مصنع منافس ، والالتزام بائع المتجر بالامتناع عن منافسة المشتري ، فانه يجوز الحكم في هذه الحالات على المدين بغرامة تهديدية عن كل مرة يأتي فيها بالأمر الممنوع أو حتى يكفّ بثنائاً عن هذا الأمر . ويلاحظ هنا أن الغرامة التهديدية تلتبس بالتعويض ، فقد تكون هذه الغرامة تعويضاً عن الضرر الذي يصيب المدين من جراء إخلال المدين بالتزامه في كل مرة . ويمكن مع ذلك تمييز الغرامة التهديدية عن التعويض بمقدار المبلغ المحكوم به ، فإذا تبين أنه يقارب التعويض عن الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام يعد أن يذكر القاضي عناصر هذا الضرر في أسباب حكمه ، كان هذا المبلغ تعويضاً ، وإلا فهو غرامة تهديدية<sup>(٤)</sup> .

- 
- (١) وقد أصبح الإخلال بهذا الالتزام جريمة جنائية في فرنسا بقانون ٦ ديسمبر سنة ١٩٠١ .  
(٢) انظر في تنفيذ هذين الالتزامين في فرنسا عن طريق التهديد المالي بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٤٧ .  
(٣) انظر تاريخ نص المادة ٢١٣ أنفاً فقرة ٤٤٦ ، الحاشي — بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٤٤٧ .  
(٤) بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة ٧٨٨ ص ١٠١ — ديجوج ٦ فقرة ٥١٣ —

وقد يكون تدخل المدين ضرورياً في تنفيذ الالتزام ، ومع ذلك لا يجوز إجبار المدين على التدخل ، فلا يصح الاعتجار في هذه الحالة إلى التبايد المالي . مثل ذلك أن يكون الأمر متعلقاً بحق المؤلف الأدبي ، كما إذا نهض مؤلف لناشر أن يضع كتاباً يقوم الناشر بنشره ، ثم قرر المؤلف أن العمل الذي أنتجه غير جدير بالعرض على الجمهور كعمل صادر منه ، فلا يجوز للناشر إجباره على هذا =

### ٤٥١ - الشرط الثالث - التجهيز الدائم الى المطالبة بالتحرير

**المطلب :** والرأى الراجح أنه يجب أن يطلب الدائن بالتهديد المالى ، فلا يجوز أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بفرامة تهديدية على المدين إذا لم يطلب الدائن منها ذلك<sup>(١)</sup> . عل أن هناك رأياً يذهب إلى جواز أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بالفرامة التهديدية إذا وجدت أن شروطها متوافرة<sup>(٢)</sup> .

ومهما يكن من أمر ، فللدائن أن يطلب الحكم بالفرامة التهديدية في أية حالة كانت عليها الدعوى . بل ويجوز له أن يطلب ذلك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ولا يعتبر هذا الطلب جديداً<sup>(٣)</sup> .

وللمحكمة ، إذا طلب الدائن منها الحكم بفرامة تهديدية ، سلطة التقدير في أن تجيبه إلى هذا الطلب أو ألا تجيبه إليه ، وهذا على فرض أن شروط التهديد المالى متوافرة<sup>(٤)</sup> . ولا تخضع المحكمة في استعمال سلطة التقدير هذه لرقابة محكمة النقض ، إذ هي تقضى في مسألة موضوعية . أما أن للتهديد المالى شروطاً يجب توافرها حتى يجوز الحكم بفرامة تهديدية ، فهذه مسألة قانون تخضع محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض .

ويجوز لأية جهة مختصة الحكم بالفرامة التهديدية : محكمة مدنية ، أو محكمة تجارية ، أو محكمة جنائية تقضى في التزام مدنى<sup>(٥)</sup> . ويجوز لقاضى الأمور

---

= العرض من طريق التهديد المالى . ولكن إذا كان المؤلف قد اتفق مع ناشر آخر ، فعلا بالتزامه مع الناشر الأول ، فإنه يجوز إجباره على التنفيذ المبنى من هذا الطريق ( الأستاذ اساميل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٥٩ ) .

(١) انظر في هذا المعنى كولان وكايتان ومورانديير ٢ فقرة ١٧٧ ص ١٣٤ - ص ١٣٥ - بلايول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ - مازو فقرة ٢٥٠٧ رقم ١٠ .  
(٢) انظر في هذا المعنى كينيير فقرة ٤٧٠ - الأستاذ اساميل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٥٦ ص ٧٤ - ص ٧٥ - وقارب ديموج ٦ فقرة ٥١٠ - فقرة ٥١١ - فرميجاليل في أنسيكلويدى دالوز ١ (astreintes) فقرة ٢١ .

(٣) ديموج ٦ فقرة ٥١٠ ص ٥٤٧ .

(٤) بلايول وريبير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ .

(٥) ولا يجوز لمجلس الدولة في فرنسا أن يقضى على الحكومة بفرامة تهديدية ، لأنه لا يستطيع أن يصدر لها أمراً ( فرميجاليل : أنسيكلويدى دالوز ١ astreintes فقرة ٢٨ ) .

المصلحة أن يحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم في الموضوع تضيلاً جدياً ، ومن باب أولى يجوز له أن يقضى بغرامة تهديدية لتنفيذ الحكم المؤقت الذي يصدره هو . ولكن تحويل الغرامة التهديدية الوقفية إلى تمويل ، حل النحر الذي سنبحثه ، ليس من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة ، بل هو من اختصاص قاضي الموضوع (١) .

### ٤٥٣ - مميزات الحكم بالتهديد المالي : ويمكن الآن أن نستخلص

مميزات الحكم بالتهديد المالي ، فهي ثلاثة :

(أولاً) يفقد التهديد المالي عن كل وحدة من الزمن يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه ، أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه ، ولا يقدر مبلغاً محمداً دفعة واحدة (٢) . وذلك حتى يتحقق معنى التهديد ، فإن المدين يحس أنه كلما طال وقت تأخره عن التنفيذ كلما زاد مبلغ الغرامة التهديدية المحكوم بها (٣) .

(ثانياً) التهديد المالي تحكمي (arbitraire) ، لا مقياس له إلا التقدير الذي يرى القاضي أنه منتج في تحقيق غايته ، وهي إخضاع المدين وحملهم على أن يقوم بتنفيذ التزامه عيناً . فلا يشترط فيه أن يكون مقارباً للضرر الذي يصيب الثالث من جراء عدم تنفيذ الالتزام ، بل إنه لا يشترط للحكم به وجود ضرر أصلاً . فليست غايته التحويل عن الضرر ، بل الضغط على المدين وتهديده حتى يقوم بتنفيذ التزامه . فينظر القاضي إذن ، لا إلى الضرر بل إلى موارد المدين المالية وقدرته على المطالبة والمضي في عدم تنفيذ التزامه ، فيقدر مبلغاً يكون من شأنه أن يؤدي في النهاية بالمدين إلى الرضوخ والإذعان ، ويكون عادة أكبر من الضرر بكثير (٤) . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ على أنه إذا رأى القاضي

(١) بلانويول وديبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٠ — نرى ماناً من أن تحكم محكمة شرعية أو مجلس مل بغرامة تهديدية في مسائل الحصانة والاعلان بدلاً من الحكم بالتنفيذ القهري (manu militari) . ويجوز من باب أولى ، بعد إلغاء هذه المحاكم وتوحيد القضاء ، أن يصدر حكم بذلك من دوائر الأحوال الشخصية التي ستستحدث في المحاكم الموحدة .

(٢) وكان في بداية الأمر في فرنسا يقدر مبلغاً محمداً (بلانويول وديبير وردوان ٧

فقرة ٧٨٧ ص ٩٧ — ديجو ٦ فقرة ٥٠٧ ص ٥٤٢) .

(٣) الموجز لمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٣ .

(٤) انظر مع ذلك استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٩ — ٢٨ أبريل =

أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع من التنفيذ ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً الزيادة. فللقاضي إذن إذا قدر في البداية مبلغاً ، ثم رآه غير كافٍ للتغلب على عناد المدين ، أن يزيد في هذا المبلغ إلى القدر الذي يراه كافياً . ولا يمنع من ذلك حجة الأمر للقضى ، فإن الحكم بالتهديد المالى لا يجوز هذه الحجة كما سنرى (١) .

(ثالثاً) التهديد المالى حكم وقى وتهديدى (provisoire et comminatoire).  
ويرتب على ذلك ما يأتي :

(١) الحكم بالتهديد المالى لا يكون نهائياً واجب التنفيذ ، حتى لو صدر من محكمة آخر درجة ، أو كان الحكم الأصيل مشمولاً بالنفاذ المعجل ، بل يبقى الحكم معلقاً على رأس المدين ، مهدداً له ليحملة على تنفيذ التزامه ، ولا يجوز تنفيذه إلا إذا تحول إلى تعوض نهائى كما سيأتى (٢).

(٢) ما دام المدين لم يخط خطوته الحاسمة في تنفيذ الالتزام أو في الإصرار على عدم تنفيذه ، فإن مصير الحكم بالتهديد المالى يبقى غير ميتوث فيه ، فلا يطلب من المدين مثلاً أن يدمج الغرامة التهديدية في عرض تحقيق الدين المترتب في ذاته (٣) ، ولا تدخل هذه الغرامة ضمن الطلب الأصيل لتقدير قيمة الدعوى من حيث النصاب الجائز استئنافه (٤) .

= سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ (حيث يعتبر التهديد المالى حكماً يتمييز بمقدار سلفاً عن المستقبل *sed futurum* ، وسنعود للإشارة إلى ذلك) .

(١) وفي إحدى القضايا في فرنسا (نفس فرنسي أول ديسمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٨ - ١٨٩٩) ذهبت الغرامة التهديدية من مائة فرنك في اليوم إلى عشرة آلاف من الفرونتكات (بلانيول وديبير وردوان ٧ فقرة ٧٩١ ص ١٠٥) .

(٢) أنظر آنفاً تاريخ نص المادة ٢١٤ فقرة ٤٤٦ في الهامش - ديجو ٦ فقرة ٥١٤ - بلانيول وديبير وردوان ٧ فقرة ٧٩٥ مكرر ثالثاً - الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣١ - استئناف مخطوط ٢٦ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٥٥ - ٧ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٢٠ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٦١ - استئنافية الكلية الوطنية ١٦ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص ١٠٢٥ . بل ولا يجوز حجز ما للمدين لدى التبر بمقتضى غرامة تهديدية (الأستاذ عبدالحى حجازي في النظرية العامة للالتزام ٤ ص ١٩٠ - ١٩٢) .

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٤٣٩ ص ٤٣٤ .

(٤) مصرر الكلية الوطنية ٢٤ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٤ ص ٨٤ .

(٣) لا يجوز الحكم بالتهديد المالى حجة الأمر القضى (١) ، لأنه حكم وقى تهديدى كما قلنا . فيجوز أولا أن يزيد فيه القاضى إذا رآه غير كاف كما سبق القول . ويجوز ثانيا ، عند تحويله إلى تعويض نهائى ، أن يقتصر منه أو يفيقه كله ، مراعى في ذلك الضرر الذى أحاق بالذات كما سئرى .

(٤) الحكم بالتهديد المالى لا يكون قابلا للطن فيه بطريق التقض ، حتى لو صدر من محكمة آخر درجة . وقد قضت محكمة التقض بأنه لا يقبل الطعن بطريق التقض في الحكم الصادر بعدم جواز استئناف حكم ابتدائى قضى بالزام مصلحة الضرائب بتقديم الملف الفردى مع إلزامها بغرامة تهديدية في حالة عدم التقض ، بحجة أنه حكم قطعى ، ذلك لأن الحكم المستأنف لم يمه الخصومة الأصلية أو جزءا منها ، وإنما قضى بإجراء فيها ، أما احتواؤه على الغرامة التهديدية فليس من شأنه أن يجعله هو أو الحكم الاستئنافى المطعون فيه حكما وقتيا في معنى المادة ٣٧٨ من تقنين المرافعات (٢)

٤٥٣ - طبيعة الحكم بالتهديد المالى : تبين مما قلناه أن الغرامة التهديدية ليست تعويضا فى لا تقاسن بمقياس الضرر ولا تتوقف عليه إطلاقا ، وإذا حكم القاضى بغرامة تهديدية لا يسبب حكمه بخلاف الحكم بالتعويض فإنه واجب التسبيب ، وقد كان القضاء الفرنسى في بداية الأمر يخلط ما بين التهديد المالى والتعويض عمدا حتى يجد سندا قانونيا للتهديد المالى ، ثم ما لبث أن ميز تميزا واضحا ما بين الاثنين (٣) .

والغرامة التهديدية ليست عقوبة خاصة (peine privée) ، وإن كانت تشبه العقوبة . والفرق بينهما أن العقوبة نهائية يجب تنفيذها كما نطق بها ، أما الغرامة التهديدية فهى شىء وقى كما قلنا ، ولا تنفذ إلا عندما تتحول إلى تعويض

(١) استئناف مخطوط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٩ .

(٢) نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ الحامدة ٣٢ رقم ٢٣٤ ص ٩٤٢ .

(٣) بلانول وريبير وردوان ٧ فترة ٧٩٢ - وقد وصل هذا التمييز إلى حد أن تقضى المحكمة في حكم واحد بتعويض نهائى عن الضرر الذى وقع في الماضي وبغرامة تهديدية لحمل المدعى على تنفيذ التزامه في المستقبل (نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٩٢٢ جائزيت دى فريبيو ١٩٢٢ - ١ - ٢١٤ - ديموج ٦ فترة ١٢ ص ٥٤٩) .

نهائي ، وهي في هذا التحول قد تقتصر أو تلتقي ، فالذي يغلظ في الواقع من الأمر ليس هو الفرامة التهديدية الوقية بل هو التصويص النهائي <sup>(١)</sup> .

إنما الفرامة التهديدية وسيلة الضخظ على المدين والتغلب على عناذه حتى يحصل على تنفيذ التزامه <sup>(٢)</sup> ، فهي إذن وسيلة من وسائل التنفيذ القيني الجبري . وهي وسيلة غير مباشرة <sup>(٣)</sup> ، تنفق في هذا مع الإكراه البدني الذي هو أيضاً وسيلة غير مباشرة ، وتختلف عن التنفيذ القهري وهو وسيلة مباشرة . ولما كانت الفرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة ، فهي قد تنجح وقد لا تنجح تبهما لما انتهى إليه المدين من تنفيذ التزامه أو الإصرار على عدم التنفيذ <sup>(٤)</sup> .

(١) بلايول وريير ورومان ٧ فقرة ٧٩٣ — وقارن الموجز للزلف فقرة ٤٤١ .  
(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « ويضغ ما تقدم أن الفرامة التهديدية ليست ضرباً من ضروب التصويص ، وإنما هي طريق من طرق التنفيذ رسمياً القانون ، وقصر نطاق تطبيقها على الالتزامات التي يقتضى الوفاء بها تدخل المدين نفسه » (جموعة الأعمال المحضرة ٢ ص ٥٤٠) . وجاء في الموجز للزلف : « وسرى أن المدين لا يحكم عليه في آخر الأمر إلا بتصويص مناسب لما أساب الدائن من الضرر . ومع ذلك يبقى التهديد المالى وسيلة لإجبار المدين على التنفيذ ، لأن الحكم عليه بتهديد مالى من شأنه أن يلقى في نفسه القلق والاضطراب ، إذ لا يعرف على وجه القلة المبلغ الذي يحكم به القاضي نهائياً على سبيل التصويص . ثم من جهة أخرى يعلم أن مبادرته إلى تنفيذ التزامه تجعل القاضي أكثر استعداداً لرفع التهديد المالى عنه أو تخفيفه إلى درجة كبيرة ، وأن إصراره على عدم التنفيذ من شأنه أن يجعل القاضي متشدداً في تقدير التصويص ، ويزيد التصويص كلما كان الإصرار لا مبرر له ، وقد ينهى الأمر بالحكم عليه نهائياً بكل المبلغ الذي حكم عليه به مبدئياً على سبيل التهديد . كل هذه الاضطرابات من شأنها أن تجعل للمدين المالى وسيلة ناجحة لإجبار المدين على القيام بتنفيذ التزامه ، دون أن يكون هناك حيز على حريته الشخصية » (الموجز ص ٤٣٣ هامش رقم ١) .

(٣) استئناف غنظ ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ — أول مارس سنة ١٩٢٨ م ١٠ ص ٢١٦ .

(٤) دمج ٦ فقرة ٥١١ - بلايول وريير ورومان ٧ فقرة ٧٩٤ — وقد رتب القضاء الفرنسي على أن الفرامة التهديدية إنما هي وسيلة غير مباشرة للتنفيذ وليست تنفيذاً مباشراً أنها تسرى من وقت صدور الحكم الابتدائي بها ، حتى لو كان هذا الحكم غير قابل للتنفيذ واستأنف فصدر حكم استئنافي بوقفه . أما القضاء المصري فيجعلها تسرى من وقت صدور الحكم الاستئنافي لا من وقت صدور الحكم الابتدائي ، فهي أمر من المحكة لا يبدأ سريانه إلا من وقت صدوره نهائياً . وجه جده في الموجز للزلف في هذا المعنى : « فقد كان من مقتضى ذلك — أى من مقتضى أن التهديد المالى أمر — ألا يبدأ سريانه الحكم بالتهديد المالى إلا من وقت صدوره هذا الأمر نهائياً ، فإذا استأنف حكم بتهديد مالى ، وجب انتظار الفصل النهائي من محكة الاستئناف ، حتى يتم »



## ٤٥٤ - السنن القانوني للتحرير المالي : لا يوجد في التقنين المدني

الفرنسي ولا في التقنين المدني المصري السابق نص يصلح أن يكون سنداً تشريعياً للحكم بالغرامة التهديدية .

وقد استند القضاء الفرنسي ، بطريق غير مباشر ، إلى المادة ١٠٣٩ من تقنين المرافعات الفرنسي ، وهي تقضي بأنه يجوز للمحاكم ، في القضايا التي تعرض عليها ، وتغنياً مع ما توجبه الظروف من الخطورة ، أن تصدر أوامر (injonctions) ، ولو من تلقاء نفسها ، وأن تعدم أوراقاً مكتوبة تعلن أنها قد تضمنت قذفاً ، وأن تأمر بطبع أحكامها ونشر هذه الأحكام . فالحكم الصادر بالغرامة التهديدية هو أمر (injonction) يصدر من المحكمة ، بما لها من سلطة الأمر (imperium, judicis ordinatoria) ، لا بما لها من ولاية الحكم (jurisdictio, judicis decisoria) ، للمدين المتعنت المتمنع عن تنفيذ التزامه بتنفيذ هذا الالتزام ، فإن لم يفعل فجزاؤه على المصيان غرامة تهديدية<sup>(١)</sup> . ولا شك في أن النص الذي استند إليه القضاء الفرنسي إنما قصد به بسط سلطة القاضي في إدارة الجلسة ، والتهديد المالي حكم موضوعي لا علاقة له بإدارة الجلسة . ولا شك في

= المدين أن الأمر بالتنفيذ قد تأيد نهائياً ولا مناص من الطاعة . مثل ذلك أن يصدر حكم إلزام المدين بالتنفيذ العيني في مدة شهر وإلا دفع مبلغاً معيناً من كل يوم يتأخر فيه عن التنفيذ ، ثم يستأنف هذا الحكم ، ويستغرق نظره في الاستئناف مدة أربعة أشهر ، ثم تؤيد محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي . في مثل هذه الحالة يجب إبطاء المدين مهلة شهر لتنفيذ العيني ، وتسمى هذه المهلة من وقت صدور حكم الاستئناف . لا من وقت صدور الحكم الابتدائي . وهذا تقضي المحاكم المصرية (استئناف أمل ٢٢ يناير سنة ١٩٠٧ الجمعية الرسمية ٨ ص ٥٨ - محكمة الاسكندرية الكلية القرونية ١٦ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ ص ١٢٢٥ - استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٧٩ الجمعية الرسمية المختلطة ٤ ص ٩٧ - ٢١ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٦) . ولكن محكمة النقض الفرنسية تجعل المهلة تسمى من وقت صدور الحكم الابتدائي (١٥ نوفمبر سنة ١٨٨١ دالوز ٨٢ - ١ - ١٣٤) مخالفة في ذلك أحكام المحاكم الاستئنافية والابتدائية الفرنسية (باريس الاستئنافية ١٢ فبراير سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٩ - ٢ - ١١٣ - البين الابتدائية ١٥ يولييه سنة ١٩٠٩ دالوز ٩١١ - ٢ - ٢٠٣) (المرجوز ص ٤٣٦ حاشي رقم ٢) .

(١) أسان في مقال له في المهلة التفصيلية لقانون المدني سنة ١٩٠٣ ص ٥ - ٥٢ -  
بودرى وبارد ١٩٧٩ مكررة .

أن القضاء الفرنسي قضاه اجتهادى لا سند له من النصوص التشريعية ، وأن نظرية التهديد المالى نظرية خلقها القضاء لا المشرع<sup>(١)</sup>.

وفى عهد التتتين المدنى السابق سار القضاء المصرى على أثر القضاء الفرنسى فى اجتهاده فى الحكم بالتهديد المالى ، وفى اعتباره حكماً وتقياً تهديدياً للقاضى تخفيضه أو إلغاؤه<sup>(٢)</sup>.

أما فى التتتين المدنى المصرى الجديد فقد وجد السند التشريعى لنظرية التهديد

(١) وكثير من الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى عدم مشروعية التهديد المالى ، وإلى أن القضاء لا يستند فى ذلك إلى أى أساس قانونى ( ديمولومب ٢٤ فقرة ٤٩٦ - فقرة ٤٩٧ - لوران ١٦ فقرة ٣٠١ - جيك ٧ فقرة ١٣٦ - أوبرى ورد ٤ فقرة ٢٩٩ ص ٦١ - من ٦٨ - بودوى وبارد ١ فقرة ٤٧٩ - ديموج ٦ فقرة ٥٢٤ - تيريه ٥٢٧ - بلانيول وريبير ورومان ٧ فقرة ٧٩٥ - بيدان ولاجار ٨ فقرة ٤٤٨ - بلانيول وريبير وبولانجه ٢ فقرة ١٦٥٣ - كولان وكايبينان ومورانديير ٢ فقرة ١٧٧ - جورسان ٢ فقرة ٦٠٠ ) .  
على أن المشرع الفرنسى أصدر قانوناً فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ ، خاصاً بالمساكن الصغيرة ،  
وفيه ورد فى الفقرة الثالثة من المادة السادسة من هذا القانون نص يربط إلتزاماً قضائياً ، وأجاز  
لقضاء أن يصدر حكماً تهديدياً من كل يوم يتأخر فيه الملتزم عن تنفيذ هذا الإلتزام ( *à peine*  
*d'une astreinte pour chaque jour de retard* ) ، وفى هذا إقرار تشريعى لنظرية التهديد  
المالى فى مسألة سينة ( الموجز الموزل ص ٤٣٧ حاشى رقم ١ ) . انظر أيضاً قانون ١٨ يولي  
سنة ١٩٣٧ ، وقانون ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ ، وقانون ٢١ يولي سنة ١٩٤٩ ( بلانيول  
وريبير ورومان ٧ فقرة ٧٩٥ مكررة ثانياً ص ١١٢ حاشى رقم ٢ وقرة ٧٩٥ مكررة وأبياً  
ص ١١٦ - ص ١١٧ ) .

وانظر فى أن القضاء البلجيكي لا يعمل بنظرية التهديد المالى فى باج ٣ فقرة ١٦١ - بلانيول  
وريبير ورومان ٧ فقرة ٧٩٥ مكررة ثانياً ص ١١٢ حاشى رقم ١ . ولكن هذا القضاء يقر  
مشروعية التصوص من المستقبل ( *ad futurum* ) يتقدم سلفاً إذا طلب المدائن ذلك . مع استثناء  
المهيلة فى هذا الطلب ( دى باج ٣ فقرة ١٦٢ - فقرة ١٦٤ ) . وانظر فى عدم التسليم بنظرية  
التهديد المالى فى أسبانيا والبرتغال وهولندا والأرجنتين والبرازيل وسويسرا وألمانيا : ديموج ٦  
فقرة ٥٢٩ .

(٢) استئناف مخطط ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩ - ٢٤ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣  
ص ٣٠٩ - ولجون ٢ ص ٢٤٩ - ص ٢٥١ - الموجز فقرة ٤٤١ - على أن محكمة الاستئناف  
المخططة قضت فى بعض أحكامها بأن القضاء المختلط لا يمتد بالتهديد المالى على أساس أنه حكم  
وقضى تهديدي ( *astreinte comminatoire* ) ، بل يقره على أساس أنه حكم بتعويض مقد سلفاً  
من المستقبل ( *astreinte compensatoire* ) : استئناف مخطط ١٦ أبريل سنة ١٩٩٦ م ٨  
ص ٢١٩ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ ( وانظر جبريل بطرودوسى فى تعليقاته  
على التتتين المدنى المختلط جزء ٢ ص ٢٤٨ حاشى رقم ٣ ) .

المالى فى النصوص التى تقدم ذكرها ، ولم نجد فى حاشية إلى سند قانونى آخر .  
على أن هذه النصوص ذاتها ليست كما قلنا إلا تقنيناً لقضاء المصطفى فى عهد  
الحسين الملقى السابق .

## المطلب الثانى

### أثر الحكم بالتهديد المالى

٤٥٥ - موقف المدين من التهديد المالى : إذا حكم على المدين  
بغرامة تهديدية ، فانما يقصد بذلك كما قلنا إلى الضغط عليه والتغلب على عناده  
حتى يدفع بيقوم بتنفيذ التزامه .

وهو فى النهاية يقف أحد موقفين : إما أن يحدث التهديد المالى فيه أثره  
فيقلع عن عناده ويعمد إلى تنفيذ التزامه <sup>(١)</sup> ، وإما أن يصبر على موقفه ويصمم  
على ألا يقوم بتنفيذ الالتزام .

وفى الحالتين يكون الموقف قد تكشف نهائياً ، عن التنفيذ أو عدم التنفيذ ،  
فلم تعد هناك جلوى من استبقاء التهديد المالى بعد أن استنفذ أغراضه . ومن ثم  
وجب النظر فى مصير الغرامة المالية وتحويلها إلى تعويض نهائى .

### ٤٥٦ - تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائى : وقد نصت

المادة ٢١٤ كما رأينا على أنه «إذا تم التنفيذ المبنى أو أصر المدين على رفض  
التنفيذ ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين ، مراعيًا فى ذلك  
الضرر الذى أصاب الدائن والتمت الذى بدأ من المدين» . ويستخلص من هذا  
النص أنه لما كانت الغرامة التهديدية قد استنفذت أغراضها ، لم يعد بد من تحويلها  
إلى تعويض نهائى . فيجب إذن أن يلجأ الدائن إلى محكمة الموضوع طالبا تصفية

---

(١) هذا وقد يقوم المدين بتنفيذ الالتزام خشية تراكم الغرامة التهديدية ، لا لأنه راض  
بالحكم ، ولا يمتنع تنفيذ الالتزام فى هذه الحالة من استئناف الحكم ولا يصح عليه بأنه راض به  
بسبب هذا التنفيذ ( ديموج ٦ فقرة ٥١٦ ) .

الغرامة التهديدية والحكم على المدين بتعويض نهائى يستطيع أن ينفذ به على أمواله ، فقد رأينا أن الغرامة التهديدية لا يستطيع أن ينفذ بها .

هذا وليس ثمة ما يمنع الدائن من أن يطلب التنفيذ الجبرى للالتزام بعد أن يتيقن أن التهديد المالى لم يثمر فى التغلب على عناد المدين . ويتحقق ذلك إذا كان التنفيذ القهرى دون تدخل المدين ممكناً وإنما التجأ الدائن إلى التهديد المالى لأن هذا التنفيذ غير ملائم ، فلما أصر المدين على عدم التنفيذ وكان التنفيذ القهرى لازال ممكناً ، جاز للقاضى أن يحكم به مع التعويض عن الضرر الذى أصاب الدائن من جراء التأخير فى هذا التنفيذ<sup>(١)</sup> .

٤٥٧ - عناصر التعويض : على أن القاضى فى الكثرة الغالبة من الأحوال لا يقضى بالتنفيذ القهرى ، وإلا كان قضى به منذ البداية بدلاً من أن يقضى بالتهديد المالى . وإنما تقتصر مهمة القاضى فى الغالب على تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائى كما قلنا .

وعناصر التعويض النهائى هى نفس عناصر التعويض العادى : ما أصاب الدائن من ضرر وما فاتته من نفع من جراء عدم التنفيذ إذا كان للمدين قد أصر على عدم التنفيذ ، أو من جراء التأخر فى التنفيذ إذا كان للمدين قد رجع عن عناده وقام بتنفيذ التزامه .

على أن هناك عنصراً جديداً - وهو العنصر البارز فى التعويض الذى يقبض التهديد المالى ، بل هو العنصر الذى يخرج التعويض عن صفاته المألوف إلى المعنى الذى يفتق مع فكرة التهديد المالى - يجب أن يدخله القاضى فى حسابه عند تقدير التعويض النهائى . هذا العنصر هو العنت الذى بدأ من المدين . فيستطيع القاضى أن يزيد فى التعويض فى مقابل الضرر الأدبى الذى أصاب الدائن من جراء عناد المدين وتمتعته واصراره على عدم تنفيذ التزامه أو تأخره المتعمد فى هذا التنفيذ .

(١) بلانول وديير وردوان ٧ فقرة ٧٨٩ ص ١٠٢ - بل ويجوز أن يكون الالتزام بما يمكن الدائن نفسه أن ينفذه دون تدخل المدين ، ولكن الدائن لجأ إلى التهديد المالى لكونه أكثر ملاءمة ، فلما لم يجد قام الدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين . ففى ثم التنفيذ على هذا الوجه يكون الموقف هنا أيضاً قد تكشف ، ووجه النظر فى تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض نهائى ( ديجوج : فقرة ٥١٥ ) .

ويلاحظ أن تعويض الدائن عن العت الذي بدأ من المدين يمكن أن يتحقق ، حتى لو كان المدين انتهى بعد تباطؤ إلى القيام بتنفيذ التزامه ، فلا يزال هناك عت من المدين أصاب الدائن بضرر أدنى ، فيجب تعويضه عنه . ولكن عنصر العت إنما تبرز أهميته في حالة ما إذا كان المدين قد أصر على عدم التنفيذ ، إذ يكون العت في هذه الحالة أكثر وضوحاً وأبلغ ضرراً . هذا ولا يخفى ما لتعويض عن عت المدين من أهمية بالغة ، فهو الذي يجعل للتهديد المالي مزية ليست له في القانون الفرنسي حيث يقتصر للقاضي على تقدير التعويض بقدر الضرر الذي أصاب الدائن دون أن يزيد شيئاً ، فيعلم المدين مقدماً أنه لن يحكم عليه بتعويض يزيد على الضرر ، ويفقد التهديد المالي مزيته ولا يصلح أداة للضغط على المدين والتخلف على عتاده<sup>(١)</sup> . وقد أمكن في التقنين المصري الجديد إضافة عنصر العت إلى التعويض بفضل النص على ذلك صراحة في المادة ٢١٤ كما رأينا<sup>(٢)</sup> . أما في فرنسا فلا يوجد نص يسمح للقاضي بإضافة هذا العنصر ، فلا يستطيع إلا أن يلتزم القواعد العامة في تقدير التعويض .

(١) ومن أجل ذلك يشكو الفقه الفرنسي من أن التهديد المالي ، في الوضع الذي أقره القضاء ، ليس له تأثير كبير في التخلف على عتاد المدين . وقد ذهبت بعض المحاكم في فرنسا ، حتى يكون للتهديد المالي التأثير المطلوب ، إلأن تقضي بفرامة نهائية لا تكون قابلة للتخفيض ، ولكن محكمة النقض الفرنسية ( نقض فرنسي ١٣ أبريل سنة ١٩٥١ جازيت دي باليه ١٩٥١-٢٢-٢٢ ) أثبت أن تقر هذا الموقف ( بلاتويل وريير وودوان ٧ فقرة ٧٩٥٠ مكررة ) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع المتهدي ما يأتي : « يبد أن الحكم الصادر بالفرامة التهديدية حكم موقوف ، تنتفي حلة قيامه متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه ، إما بوفائه بالالتزام وإما بإصراره على التخلف . فإذا استبان هذا الموقف ، وجب على القاضي أن يمهّد النظر في حكم ليفصل في موضوع الخصومة . فإن كان المدين قد أوفى بالتزامه حط عنه الفرامة إثر استجابته للأمر به ، وأثره بتعويض عن التأخير لا أكثر . وإن أصر المدين على عتاده نهائياً ، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناتج عن عدم الوفاء ، ولكن ينبغي أن يراعى في هذا التقدير ما يكون من أثر عاتقة المدين تمتاً باعتباطه الممانعة عنصراً أدنياً من عناصر احتساب التعويض . وفي هذا الصنف يتشكّل لب نظام الفرامات المالية ومقل القوة فيه » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠ ) . ولا يؤخذ بما تقدم أن عنصر العت لا يحسب حسابه إذا أوفى المدين بالتزامه ، يبدو من ظاهر العبارة الواردة في المذكرة الإيضاحية من أن الفرامة في هذه الحالة تحط عن المدين ويلزم بتعويض عن التأخير لا أكثر . فإنه إذا كان هذا هو الغالب ، إلا أن ذلك لا يمنع من إدخال عنصر العت في الحساب ، حتى لو أوفى المدين بالتزامه ولكن بعد تباطؤ ملحوظ ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك .

ومضى ثم للقاضي تقدير التعويض النهائي على النحو الذي بسطناه، فنص به على  
المدن، واستطاع الدائن عندئذ أن يتخذ به على أموال المدن، لا على أنه تهديد  
مالي، بل على أنه تعويض نهائي. والغالب أن يكون هذا التعويض أقل من التهديد  
المالي<sup>(١)</sup>، بل قد لا يرى القاضي في بعض الحالات وجهاً للحكم بتعويض ما  
لا نعلم الضرر وعدم إيمان المدن في العنت، فيلغى الغرامة المالية دون أن يعمل  
مكانها أى تعويض<sup>(٢)</sup>. على أن التعويض قد يكون في بعض الحالات معادلاً  
لغرامة المالية، لاسيما إذا أضمن المدن في العنت والاحرار على عدم تنفيذ التزامه،  
فيستبقى القاضي التهديد المالي كما هو دون أن يتقصه، ولكن التهديد المالي يتغير  
مع ذلك طبيعته فينقلب من تهديد مالي إلى تعويض نهائي<sup>(٣)</sup>. ويجب على القاضي  
في جميع الأحوال، عند تحويل التهديد المالي إلى تعويض نهائي، أن يسبب حكمة  
وأن يبين في الأسباب أن التعويض قد قيس بمقياس الضرر الذي أصاب الدائن،  
وقد كان الحكم القاضي على المدن بدفع غرامة تهديدية غير مسبب كما سبق  
القول<sup>(٤)</sup>.

---

= ويترتب على أن عنصر العنت الذي بدأ من المدن منصوص عليه في التفتيز أن القاضي إذا  
أشغل هذا العنصر في تقدير التعويض، خضع لرقابة محكمة النقض، إذ القانون يلزمه بمراعاة هذا  
العنصر، فإذا لم يراعها كان هذا إخلالاً منه بمسألة قانونية (انظر الأستاذ عبد الحى حجازي  
في النظرية العامة للالتزام جزء ٣ ص ١٨٨ — ص ١٨٩ — وانظر في تقدير نظام التهديد المالي  
الأستاذ أساميل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٥٨).

(١) والحكم القاضي بتخليص غرامة المالية لا يلغى التعليق (commandement)، ولكن  
يقصر أثره على المبلغ المنقضى (استئناف محتلط ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٦٦).  
(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز للمحكمة أن تلغى الغرامة التهديدية التي  
فردت لإتزام خصم بها، متى اتضح أن الخصم المذكور نفذ أمر المحكمة بدفع الميعاد الذي حدده له  
بعدة قصيرة، وأن هذا التأخر ناشئ عن طر حقيق، ولكن في هذه الحالة تلزمه بمصرفات  
الدعوى التي رغبها بطلب إطفائه من الغرامة (٣ فبراير سنة ١٩١٤ للشرائع ١ ص ٢٨٠).  
(٣) استئناف أهل ١١ يونيو سنة ١٩١٧ للشرائع ٥ ص ٤٧ — بنى سوف الكلية  
٧ ديسمبر سنة ١٩٢٢ الحامدة ٤ ص ١٧٠ — المنيا الجزئية ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ الحامدة ٨  
ص ٨٥ — استئناف محتلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٩ — ١٨ أبريل سنة ١٩٢٩  
٤١ م ص ٣٦٦

(٤) نقض فرنسي ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجلة الأسبوع القانوني سنة ١٩٥١ ص ٦٠٨٩ —  
الأستاذ عبد الحى حجازي في النظرية العامة للالتزام جزء ٣ ص ١٨٧ وعاشي رقم ١.

## الباب الثاني

### التنفيذ بطريق التعويض

(Exécution par équivalent - Dommages - intérêts)

٤٨٨ - متى يكون التنفيذ بطريق التعويض : رأينا فيما تقدم متى يكون التنفيذ العيني للالتزام . ويمكن أن يستخلص من ذلك متى يكون تنفيذ الالتزام بطريق التعويض <sup>(١)</sup> .

فإذا أصبح التنفيذ العيني للالتزام مستحيلاً بغير خطأ المدين ، لم يبق إلا التنفيذ بطريق التعويض . ويعتبر التنفيذ العيني مستحيلاً إذا كان هذا التنفيذ يقتضي تدخل المدين الشخصي ، وامتنع هذا عن التنفيذ ولم يجد البهيد المالى في التغلب على عثائه . وقد مر القول في ذلك .

وحق إذا كان التنفيذ العيني ممكناً دون تدخل المدين ، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يقدم المدين به ، فإن التنفيذ بطريق التعويض يحل محل التنفيذ العيني كما رأينا .

وحق إذا طلب الدائن التنفيذ العيني ، ولكن هذا التنفيذ كان مرهقاً للمدين ، وكان عدم القيام به لا يعود بضرر جسم على الدائن ، فإن القاضى يقتصر على الحكم بتعويض ، وقد سبق تفصيل ذلك .

ثم إنه يجب للتنفيذ بطريق التعويض ، كما يجب للتنفيذ العيني ، إعداار المدين ، وستحكم تفصيلاً في الأعداار عند الكلام في تقدير التعويض عن طريق القاضى .

---

(١) وقد سبق أن رأينا أن التعويض ليس التزاماً تمييزياً أو التزاماً بدلياً ، وأن الالتزام ، سواء نفذ تنفيذاً عينياً أو نفذ بطريق التعويض ، هو هو واحد لم يتغير ، ولذاي تقدير هو محل الالتزام فبما أن كان تنفيذاً عينياً أصبح تعويضاً ، تخفى الصعوبات التي كانت تكفل التنفيذ العيني كالطلة التعويض ( انظر آ نفا فقرة ٤٠٩ والمواش ) .

## ٤٥٩ - التفسير بطريق التعويض بقول كل التزام أياً له

مصدره : وكل التزام ، أياً كان مصدره ، يجوز تنفيذه عن طريق التعويض . فالالتزام العتدي ، سواء كان التزاماً بنقل ملكية أو التزاماً بعمل أو التزاماً بالامتناع عن عمل ، يكون تنفيذه بطريق التعويض في الحالات التي تقدم ذكرها في الفقرة السابقة ، وبخاصة إذا أصبح التنفيذ المعنى مستحيلاً بخطأ المدين . ويصبح التنفيذ المعنى مستحيلاً في الالتزام بنقل ملكية شيء معين إذا هلك هذا الشيء أو انتقلت ملكيته إلى الغير<sup>(١)</sup> ، وفي الالتزام بعمل إذا انضمت الوسائل اللازمة للقيام بهذا العمل أو كان ينبغي أن يتم القيام به في مدة معينة وانقضت هذه المدة ، وفي الالتزام بالامتناع عن عمل إذا أتى المدين الأمر بالمنوع . وقد مر بيان ذلك تفصيلاً فيما تقدم .

والالتزامات التي لا يكون مصدرها العقد يطلب أن يكون تنفيذها بطريق التعويض . فالالتزام التصبري ليس لإنتيجة للإخلال بالتزام قانوني هو أن يتخذ الشخص الحيلة الواجبة لعدم الإضرار بغيره ، وجزاء هذا الإخلال هو التعويض ، وهذه هي المسؤولية التصبرية . والالتزام الناشئ من الإثراء بلا سبب ليس لإنتيجة للإخلال بالتزام قانوني آخر ، هو ألا يثرى الشخص على حساب غيره دون سبب ، وجزاء هذا الإخلال هو التعويض . وكثير من

(١) أما إذا كان الالتزام بنقل الملكية هو التزام يدفع مبلغ من النقود فالنفيذ المعنى والتعويض فيه متوحدان ، لأن التعويض لا يكون إلا في دفع المبلغ على الالتزام فينتقل مع التنفيذ المعنى ، إذ أن النقود لا تصين بالتصين .

فالالتزام بدفع مبلغ من النقود يكون إذن قابلاً لتنفيذ المعنى في جميع الأحوال . ولا يمكن أن يقال هنا إن التنفيذ المعنى يتحول إلى تعويض ، فكلاهما شيء واحد ، والأول أن نسمي هذا الشيء تنفيذاً مبدئياً لا تعويضاً لأن الأصل هو التنفيذ المعنى . ولا يكون هناك تعويض من الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، إلا إذا كان تعويضاً عن التأخر في التنفيذ ، لا تعويضاً عن عدم التنفيذ . ولا يصح القول إن الالتزام بدفع مبلغ من النقود يصبح تنفيذاً للمعنى مستحيلاً إذا كان المدين مسرعاً ، فإن استحالة التنفيذ المعنى ليس مناهة صورية استيفاء الدين لإصدار قد يعقبه مسار ، بل الاستحالة مناهة عدم إمكان التنفيذ مطلقاً في أي حال من الأحوال . ويترتب على ذلك أن الإصدار ، ولو كان بقوة قاهرة ، ليس سبباً في انقضاء الالتزام ، لأنه لا يحمل تنفيذه مستحيلاً ( الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٢ ص ٤٣٧ حاشي رقم ٢ - انظر بلايول ورييه وودوان ٧ فقرة ٨٢٣ ) .



الالتزامات القانونية الأخرى ويكون تنفيذها بطريق التعويض ، كالتزام بلبلر  
الأيض بجاره ضرراً فاحشاً والالتزام بعدم إفشاء سر المهنة . وهناك من  
الالتزامات القانونية ما يمكن تنفيذه عينا ، كالتزام بالنفقة والتزامات الأولياء  
والأوصياء والقوام ، ومع ذلك يجوز عند الإخلال ببعض هذه الالتزامات أن  
يكون التنفيذ بطريق التعويض .

٤٦٠ - وسائل تنفيذ التعويض : ووسائل تنفيذ التعويض ، كوسائل  
التنفيذ العيني ، هي التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري . فإذا حكم على المدين بدفع  
تعويض لداائن ، ولم يدفع المدين هذا التعويض اختياراً - وهذا هو الوفاء  
(paiement) - جاز للدائن إجباره على الدفع بطريق التنفيذ القهري . ولما كان  
التعويض عادة هو مبلغ من النقود ، فإنه يمكن دائماً تنفيذه بطريق المحجز على  
أموال المدين . ولكن قد يكون التعويض عينياً في بعض الحالات ، فيجوز  
الالتجاء إلى التهديد المالي للوصول إلى هذا التعويض العيني بطريق غير مباشر .  
ويصلح الإكراه البدني وسيلة غير مباشرة لتنفيذ التعويض ، على الوجه الذي  
يسطناه فيما تقدم .

٤٦١ - كيفية تفسير التعويض : والمهم في التنفيذ بطريق التعويض  
أن نستعرض الطرق المختلفة لتقدير التعويض .

فتارة - وهذا هو الأصل - يقوم القاضي بتقدير التعويض ، وهذا هو  
التعويض القضائي .

وطوراً يكون تقديره مقدماً باتفاق الطرفين ، وهذا هو التعويض الاتفاقي  
أو الشرط الجزائي .

وثالثة يكون التقدير من طريق القانون ، كما وقع ذلك في تحديد سعر الفائدة ،  
وهذا هو التعويض القانوني<sup>(١)</sup> .

فلتعرض هذه الطرق المختلفة في فصول ثلاثة :

---

(١) وقد نصت المادة ٢٥٩ من قانون العقوبات الجنائي على أن تعيين قيمة بدل  
التعويض يكون في الأساس بواسطة القاضي ، وقد يكون بتس قانوني أو باتفاق بين المصلحين .

## الفصل الأول

### التعويض القضائي

٤٦٢ - **المحضر وتقرير القاضي للتعويض** : يجب إعداد المدين ومطالبته بتنفيذ التزامه . وقد رأينا أن هذا واجب في التنفيذ المعنى ، وهو واجب أيضاً في التنفيذ بطريق التعويض . بل إن الإعداد في التنفيذ بطريق التعويض ، وبخاصة في التعويض عن تأخر المدين في التنفيذ ، له أهمية بالغة كما سرى . وأكثر ما يبرز الإعداد في التعويض القضائي ، وإن كان واجباً أيضاً في التعويض الاتصافي ( الشرط الجزائي ) كما سيأتي . فآثرنا أن نبحت الإعداد في هذا المكان ، متوخين في ذلك الناحية العملية .

ويعد أن يعلم الدائن المدين ، يقيم عليه الدعوى يطالبه بتنفيذ التزامه . ونحن هنا في صدد التنفيذ بطريق التعويض ، فيطلب الدائن إلى القاضي تقدير التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه ومن جراء تأخره في هذا التنفيذ .

فتكلم إذن في مسألتين : ( أولاً ) الإعداد ( ثانياً ) تقدير القاضي للتعويض .

## الفرع الأول

### الإعداد

(La mise en demeure)

٤٦٣ - **النصوص القانونية** : تنص المادة ٢١٨ من الفئتن المدني على ما يأتي :

« لا يستحق التعويض إلا بعد إعلال المدين ، ما لم ينص على غير ذلك » .

وتنص المادة ٢١٩ على ما يأتي :

« ويكون إعلال المدين بإعلاله أو بما يقوم مقام الإعلال ، ويجوز أن يتم الإعلال

عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات . كما يجوز أن يكون مبرمجاً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معطراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء آخر .

وتنص المادة ٢٢٠ على ما يأتى :

ولا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية : (أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين (ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع (ج) إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك (د) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه<sup>(١)</sup> .

#### (١) تاريخ التصوص :

م ٢١٨ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٢٥ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢١٨ (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٥٥٥ - ص ٥٥٦) .

م ٢١٩ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، ويجوز أن يتم الإنذار بأى طلب كتابي آخر ، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معطراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إنذاره . وفي لجنة المراجعة حلت عبارة «أى إجراء آخر» محل كلمة «إنذاره» الواردة في آخر المادة ، لأن الإنذار بالاتفاق عليه مقدماً يعتبر أعذاراً تم بإجراء معين ، ولا يدخل في الحالات التى لا ضرورة للإنذار فيها وهى الحالات المنصوص عليها في المادة التالية . وأصبح رقم المادة ٢٢٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة مجلس الشيوخ مثل مما إذا كان الإعذار بكتاب عادى يكفي ، فأجيب بأنه يكفي لأن المراد بالإعذار هو تنبيه المدين إلى أن الدائن غير تهاون في حقه في التنفيذ فلم تأخذ اللجنة بهذا الرأي ، ووجلت الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات ، جائزاً بدلاً من جواز الإنذار بطريق الكتاب العادى ، وعدل النص على الوجه الذى استقر عليه في التفتين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢١٩ ، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٥٥٦ - ص ٥٥٨) .

م ٢٢٠ : ورد هذا النص في المادة ٢٩٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «لا ضرورة ، في إعذار المدين ، لأى إجراء في الحالات الآتية : (أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بفعل المدين ، وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام نقل حق عينى أو القسام بصل وكان لابد أن يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم ، أو كان الالتزام امتناعاً عن عمل وأُعطِل به المدين . (ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . (ج) إذا كان محل -

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدنى السابق المادة ١٧٨/١٢٠<sup>(٣)</sup> . ولا فرق ما بين التقنينين الجديد والقديم في الإخطار وأحكامه ، وإن كانت نصوص التقنين الجديد أكثر تفصيلا ، على أنها ليست إلا تقنياً لأحكام القضاء في عهد التقنين السابق<sup>(٤)</sup> .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السوري المواد ٢١٩ - ٢٢١ ، وفي التقنين المدنى العراقى المواد ٢٥٦ - ٢٥٨ ، وفي التقنين المدنى الليبى المواد ٢٢١ - ٢٢٣ ، وفي تقنين المـرجبات والعقود الليباني المواد ٢٥٣ و ٢٥٧ و ٢٥٨<sup>(٥)</sup> .

== الالتزام رد شيء على المدين أنه مسروق أو شيء مثله دون حق وهو عالم بذلك . (د) إذا أعلن المدين كتابة أنه لا يريد القسيام بالالتزام . وفى لجنة المراجعة وضعت كلمة « صرح » بدلا من كلمة « أعلن » فى البند ( د ) ، وأصبح رقم المادة ٢٢٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى فأصبحت تجرى على الوجه الآتى : « لا ضرورة لإعذار المدين فى الحالات الآتية » ، وحلت من البند ( ١ ) عبارة « وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام ... » إلخ « لأنها تؤود تطبيقات تجزئ من إيرادها حرمان المبرأة ، وأضافت به عبارة « غير ممكن » فى البند ( ١ ) عبارة « غير مجد » حتى يكون النص شاملا لجميع الصور . وأصبح رقم المادة ٢٢٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته ( مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٥٩ - ص ٥٩٢ ) .

( ١ ) وقد كانت المادة ١٧٨/١٢٠ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « لا تسحق التضمينات المذكورة إلا بعد تكليف المتهم بالوفاء تكليفاً رسمياً » . ( ٢ ) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يلى : « انصرف المشروع فى شأن الإعذار بوجه عام على ضبط حدود بعض الأحكام فسطاً قصد به إلى علاج ما يشور من نصوص التقنين الحال ( السابق ) من اقتضاب تحمل . ويراعى بأدى ذى به أنه لم يأت على وجه الإطلاق بجديد فيما يتعلق بقاعدة وجوب الأعذار وماورد عليها من استثناءات . على أن ذلك لم يصرفه من استثناءات أحكام أخرى ، قد يكون أهمها ما ينصل بإصلاح الإجراءات المتبعة فى إعذار المدين ، فقد قضى المشروع بجوار الاكتفاء بمجرد طلب كفاى فى المواد المدنية . وهو بهذا يخالف ما جرى عليه القضاء المصرى وفقاً لشرح الظور فى التشبيك بشكليات الإجراءات » ( مجموعة أعمال التوضيحية ٢ ص ٥٤٤ ) . وقد رأينا أن هذا التجديد الذى كان يقضى بالاكتفاء فى الإعذار بطلب كفاى قد حذفت لجنة مجلس الشيوخ .

( ٣ ) التقنينات المدنية العربية الأخرى . التقنين المدنى السوري م ٢١٩ - ٢٢١ ( مطابقة لمراد ٢١٨ - ٢٢٠ ص التقنين المدنى المصرى ، مع ملاحظة أن الإنذار فى التقنين السورى يكون بواسطة الكاتب العدل . وأنه يجوز أن يتم الإنذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى القوانين الخاصة : م ٢٢٠ سوري ) .

ويتبين مما قلناه من نصوص التفتين المدني المصري أن التعويض لا يستحق إلا بعد إخطار المدين ، وأن الإخطار يتم بإجراءات معينة ، وأن هناك حالات

= التفتين المدني العراقي م ٢٥٦ ( مطابقة للمادة ٢١٨ من التفتين المدني المصري ) .

م ٢٥٧ : يكون إخطار المدين بإذله . ويمر أن يتم الإخطار بأى طلب كتابي آخر ، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون للمدين مفعلاً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إخطار . ( وهذا النص — كالشروع التفتين المصري — يميز الإخطار بطلب كتابي غير رسمي ) .

م ٢٥٨ ( مطابقة للشروع التفتين نص المادة ٢٢٠ من التفتين المصري ، ولا تختص في الحكم من التفتين المصري ) .

التفتين المدني السلطنة الملتحدة م ٢٢١-٢٢٢ ( مطابقة للعراق ١٩٨-٢٢٠ من التفتين المدني المصري ) .

تفتين اللوجيات والمفود البنيان م ٢٥٢ — يجب لاستحقاق بدل الضل والفرد : أولاً — أن يكون قد وقع ضرر . ثانياً — أن يكون الضرر مزمواً إلى المدهون . ثالثاً — أن يكون قد أضر المدهون تأخره فيما خلا الأحوال الاستثنائية . ( وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التفتين المصري ) .

م ٢٥٧ — إن تأخر المدهون الذي يعونه لا يستهدف أداء بدل الضل والفرد ينتج في الأساس من إخطار يرسله إليه الدائن بطريقة ما . وإنما يجب أن يكون خطياً ( ككتاب مضمون أو برقية أو إخطار أو إقامة الدعوى عليه أمام المحكمة وإن لم تكن ذات صلاحية ) . ولأن هذا الإخطار لواجب مع قطع النظر عن ماعية الموجب ومن أصله أو أصل بدل الضرر . ( وهذا النص يميز الإخطار بكتاب مسجل أو برقية أو إخطار مكتوب ، فهو كالشروع التفتين المصري وكالتفتين العراقي : انظر الدكتور صبحي المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ١٦ ) .

م ٢٥٨ — لا يبيح الإخطار واجباً : ١٠ — عندما يصبح التنفيذ مستحيلاً . ٢ — عندما يكون الموجب ذا أجل حال موضوع لمصلحة المدهون ولو بوجه جزئى من الأقل . ٣ — عندما يكون موضوع الموجب المطلوب أدائه قد فقه يطم المدهون أنه مبرور أو كان المدهون قد أحرزه من علم بوجه غير مشروع . في الحالات الثلاث المتقدم بهاها يكون المدهون حياً في حالة الخطأ يكون أى كمثل من قبل الدائن . ( وهذا النص يختلف من التفتين المصري في أمرين : (١) يميل حلول الأجل في ذين من أجل مصلحة المدين ولو جزئياً كلياً ولا حاجة لإخطار المدين في هذه الحالة ، وهذا الحكم أقرب إلى التفتينات الألمانية وبعض التفتينات اللاتينية كما سنرى . (٢) لا يميل من حالات عدم ضرورة الإخطار حالة ما إذا صرح المدين كتابةً أنه لا يبره القيام بالتزامه . ويلزم الدكتور صبحي المحمصاني — في كتابه آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ١٧ — إلى أن عدم ضرورة الإخطار في حالة تصريح المدين كتابةً أنه لا يبره القيام بالتزامه ، بالرغم من إخطار النص عليه ، مقبول في لبنان وذلك لتفليس والمباحية العامة ، فلا إخطار لا يلزم لعدم إمكانيةه من وثبوت خطأ المدين بقراره . )

لا ضرورة فيها للإعذار : وإذا تم الإعذار فترتب عليه نتائج قانونية معينة .  
تتكمّل إذن فيما يأتي : (١) معنى الإعذار (٢) كيف يتم الإعذار (٣) الحالات  
التي لا ضرورة فيها للإعذار (٤) النتائج القانونية التي ترتب على الإعذار .

٤٦٤ - معنى الإعذار : إعذار المدين هو وضعه قانوناً في حالة المتأخّر  
في تنفيذ التزامه (mise en demeure, mora, retard) . ذلك أن مجرد حلول  
أجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في هذا الوضع القانوني (dies non  
interpellat pro homine) ، بل لابد من إعذاره<sup>(١)</sup> . فقد يحل أجل الالتزام ،  
ومع ذلك يسكت الدائن عن أن يتقاضى التنفيذ من المدين ، فيحمل ذلك منه  
محمل التسامح وأنه لم يصبه ضرر من تأخّر المدين في تنفيذ التزامه ، وقد رضى  
ضمنياً بمعد الأجل ما دام يستطيع الانتظار دون ضرر يصيبه من ذلك . أما إذا  
كان الدائن يريد من المدين أن ينفذ التزامه الذي حل أجله ، فعليه أن يشعره  
بذلك من طريق إعذاره بالطرق التي رخصها القانون<sup>(٢)</sup> . وعند ذلك يصبح المدين  
ملزماً بتنفيذ التزامه فوراً ، وكل تأخّر في التنفيذ يستوجب التعويض<sup>(٣)</sup> .

(١) أوبري ودو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٧ وحاشي رقم ٤ .  
(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه إذا كان الالتزام واجب التنفيذ في محل  
إقامة الدائن ، ولم يحضر المدين لتنفيذ يوم حلول الأجل ، اجبر مطلقاً دون حاجة إلى أي  
إجراء (٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٢) ، وإذا كان الدائن يدفع على أقساط في مدد  
قصيرة ، وأطّر المدين لأحد هذه الأقساط ، فلا يمكن أن يعتبر في حاجة إلى الإفصار في كل  
قسط لاحق يحمل به مدد قصيرة ( ١٤ يولييه سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٢ - انظر أيضاً  
ديوج ٦ فقرة ٢٣٨ ) .

(٣) استئناف مخطط ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ المبهومة الرسمية للقضاء المخطط ٢٣ ص ٢٢٣ -  
وهيكون الإعذار عند حلول أجل الدين أو بعده ، ولكن لا يكون قبله (استئناف مخطط ٧ يناير  
سنة ١٨٨٦ المبهومة الرسمية للقضاء المخطط ١١ ص ٢٨) . ويصح أن يمنع الدائن المدين في  
الأمداء أجلاً لتنفيذ الالتزام دون أن يؤثر الأجل في فترة الإعذار ، ففي حل الأجل المستوح  
أصبح المدين مطلقاً (استئناف مخطط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٨) . وإذا شطب  
الدائن دعواه بعد أن استوفى جزءاً من دينه ، حمل هذا على تنازل الدائن عن أثر الدعوى في إعذار  
المدين (استئناف مخطط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٢) .  
ويقابل إعذار المدين لإطّار الدائن ، فقد يمدد المدين الدائن إذا رفض هذا بقول الوفاء دون  
مجرد ، بأن يرضى عليه المدين مريضاً حقيقياً وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون (٣٣٤ م) -  
٣٤٠ مدق - انظر دى باج ٣ فقرة ٨٦ - فقرة ٨٧) .

وفكرة الإعذار هذه من تقاليد القانون الفرنسى<sup>(١)</sup> ، نقلها عنه التقنين المدنى المصرى السابق ، واستبقاها التقنين المدنى المصرى الجديد . وقد عدلت عنها القوانين الجزمانية وبعض القوانين اللاتينية ، واعتبرت أن مجرد حلول أجل الالتزام كاف لإشعار المدين بوجوب التنفيذ دون حاجة لإعذار ، وأن تأخر المدين عن تنفيذ التزامه بعد حلول الأجل يجعله مسئولاً عن التحويل<sup>(٢)</sup> .

٤٦٥ - كيف يتم الإعذار : الأصل فى إعذار المدين أن يكون بانذاره ، والإنذار (sommation) ورقة رسمية من أوراق المحضرين بين فيها الدائن فى وضوح أنه يطلب من المدين تنفيذ التزامه . وهذا هو الطريق المعتاد لإعذار المدين ، حتى صرح أن يقال : وقد أعلن من أنذر<sup>(٣)</sup> .

وقد بين تقنين المرافعات (م ٧-١٤) كيف يعلن المحضر الإنذار : يسلّم صورة الإنذار إلى المدين نفسه فى موطنه ، فإن لم يجده سلمها إلى وكيله أو خادمه أو من يكون ساكناً معه ، وإلا سلمها إلى جهة الإدارة على الوجه الذى بينه تقنين المرافعات فى النصوص المشار إليها . ولما كانت المادة ٢١٩ مدنى تقضى بأنه يجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى تقنين المرافعات ، وجب الرجوع إلى هذا التقنين أيضاً فى ذلك . وقد قضت المادة ١٥ من التقنين

(١) وكان القانون الرومانى يستوجب الإعذار ، أما القانون الفرنسى القديم فكان لا يستوجب فى القرنين السادس عشر والسابع عشر ، وفى القرن الثامن عشر عاد يونيه إلى تقاليد القسانون الرومانى فاستوجب الإعذار (كولان وكابيتان وسوراندبير ٢ فقرة ١٥١) .

(٢) انظر التقنين المدنى الألمانى (م ٢٨٤) ، وتقنين الالتزامات السويسرى (م ١٠٢) ، والتقنين المدنى النمساوى (م ١٣٣٤) ، وتقنين الالتزامات البولونى (م ٢٤٣) ، والتقنين المدنى البرازيل (م ٩٦٠) ، والتقنين المدنى البرتغالى (م ٧١١) ، والتقنين المدنى الصينى (م ٢٢٩) ، والتقنين المدنى اليابانى (م ٤١٢) ، وتقنين الالتزامات التونسى والمراكشى (م ٢٦٩/٢٥٥) . أما المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٩٥) والتقنين المدنى الإيطالى الجديد (م ١٢١٩) فيستوجبان الإعذار ، ولكن يكفى فيه كتاب غير رسمى . انظر فى هذه المسألة والتون ٢ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥ .

(٣) فالإعذار هو إذن إرادة منفردة تصدق من الدائن ، ويعلن بها المدين (déclaration réceptive) ، وتقرغ فى شكل خاص (ديموج ٦ فقرة ٢٢٣ ص ٢٥٤) . ومن ثم يجوز صدور الأهلان من الدائن أو نائبه أو من فضول (وتكون مطالبة الدائن بالتحويل إجازة منه) ، ويشتراط فىمن يصدر عنه الإعذار أهلية الإدارة دون أهلية التصرف (ديموج ٦ فقرة ٢٣٧) .

المشار إليه بأن والإعلان على يد المحضر يكون بطريق البريد في الأحوال التي بينها القانون ، وكذلك يجوز الإعلان بهذا الطريق إذا اختاره الطالب كتابة على أصل الورقة في الأحوال التي يكون فيها الإعلان في قلم الكتاب أو في الموطن المختار بشرط أن يكون هذا الموطن مكتب أحد المحامين . ويفهم من هذا النص أن القانونيين أحوال يجوز فيها الإعلان بطريق البريد ، وإعذار المدين حالة من هذه الحالات نصت عليها المادة ٢١٩ من التقنين المدني كما رأينا . فيصح إذن أن يكون الإعذار عن طريق البريد متى طلب الدائن ذلك ، سواء أُنذر المدين في موطنه المختار أو في موطنه الأصلي . وفي هذه الحالة يقدم المحضر صورة الإنذار لمكتب البريد في غلاف مغتم ومبين فيه اسم المدين ولقبه وموطنه وعنوانه وتوقيع المحضر وبصمة خاتم قلم المحضرين ، ويؤشر المحضر في ذيل أصل الإنذار بأنه سلم صورته لمكتب البريد على الوجه المتقدم (م ١٦ مرافعات) . وسلم عامل البريد صورة الإنذار للمدين على الوجه المبين في المادة ١٧ من تقنين المرافعات ، ثم يعيد لقلم المحضرين علم الوصول مؤشراً عليه بما حصل ، وعلى المحضر التأشير بما يتم من ذلك على أصل الإنذار ، ثم يسلمه للطالب مع علم الوصول (م ١٨ مرافعات) . وبذلك يتم إنذار المدين عن طريق البريد ، فيصبح معلراً .

وليس الإنذار هو الطريق الوحيد لإنذار المدين . فهناك ما يقوم مقام الإنذار<sup>(١)</sup> . وأية ورقة رسمية تظهر منها بجلاء رغبة الدائن في أن ينفذ المدين التزامه تقوم مقام الإنذار . من ذلك التنبيه الرسمي (commandement) الذي يسبق التنفيذ . ومن ذلك أيضاً صحيفة الدعوى (citation en justice) : ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة . ومن ذلك محضر الحجز ، وهو من أعمال

---

(١) ولا يقوم مقام الإنذار إقرار المدين في دعوى أخرى أن الدائن قد أُنذره ، بل يجب حل الدائن بتقديم أصل الإنذار حتى تتبين المحكمة استيفاءه للشروط الواجبة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يكفي لترتيب الأثر القانوني للإنذار أن يكون المشتري قد قال في دعوى أخرى أن البائع أُنذره ، ما دام ذلك القول قد صدر في وقت لم يكن النزاع على العقد المتنازع فيه مطروحاً ، بل يجب تقديم الإنذار حتى يمكن المحكمة أن تتبين إن كان يترتب عليه الفسخ أم لا ، وذلك بالرجوع إلى تاريخه وما قصته ، لأنه قد يكون حاصل قبل الميعاد المعين للوفاء أو قبل قيام البائع بتعهداته التي توقفت عليها تعهدات المشتري (نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣) .



التنفيذ<sup>(١)</sup> . وكثيراً ما يقع أن ينذر الدائن المدين في نفس صحيفة الدعوى ، فتكون هذه الصحيفة إنذاراً ومطالبة قضائية في وقت واحد ، ولكن إذا باذر المدين في هذه الحالة إلى التنفيذ بمجرد أن تعلن إليه صحيفة الدعوى كانت مصروفات الدعوى على الدائن . لأن المدين يكون قد نفذ التزامه بمجرد إعداره<sup>(٢)</sup> .

أما إذا كانت الورقة غير رسمية ، ككتاب ولو كان مسجلاً . أو برقية ، فلا تكفي للإعذار في المسائل المدنية<sup>(٣)</sup> ، إلا إذا كان هناك اتفاق بين الدائن والمدين على أنها تكفي . ذلك أنه يجوز الاتفاق على أن يكون المدين معترفاً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء ، فمن باب أولى يجوز الاتفاق على أن الإحذار تكفي فيه ورقة غير رسمية أو إخطار شفوي<sup>(٤)</sup> .

---

(١) استئناف مخطط ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ — ٢٧ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٩ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٢ .  
(٢) ولا يكفي في الإحذار الطلب الذي يقدم لجنة المائة القضائية (ديوج. ٦ لفقر ٢٣٣ ص ٢٥٤) .

(٣) استئناف مخطط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ (إخطار شفوي لا يكفي) — ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٣ — ومع ذلك انظر : استئناف مخطط ٢٥ مايو سنة ١٨٨٠ المحيطة الرسمية للقضاء المخطط ٦ ص ١٧٤ — ٣١ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢١٨ — استئناف مصر ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١١٩ ص ٣٧٩ . وقلون ديوج ٦ لفقر ٢٣٥ .

(٤) ويجب على الدائن إثبات حصول الإخطار الشفوي وفقاً للقواعد العامة في الإثبات . هذا وقد كان المشروع التمهيدى ينص على جواز أن يتم الإحذار بطلب كتابي ولو غير رسمي ، ولكن حذف هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ (انظر آنفاً تاريخ نص المادة ٢١٩ : لفقر ٤٦٣ في الماش) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه « يجوز الإحذار بالكتابة أيما كانت صورتها ، ولو كانت من قبيل الخطابات أو البرقيات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦١ ) ، وذلك قبل التعليل الذي أدخلته لجنة مجلس الشيوخ .

ويجوز للقضاء في فرنسا إلى عدم التثبت بشكلية الإحذار ، ويجعل لقاضي الموضوع سلطاناً لا يخضع لرقابة محكمة النقض في تقدير ما إذا كانت الورقة المرسلة إلى المدين تقطع فيما اشتملت عليه من عبارات برقية الدائن في أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه ، نصير مفسون لورقة أصية أكبر مما تمير الشكل (بلانبول وريبير وردوان ٧ لفقر ٧٧٢ ص ٨٤ - ديوج ٦ لفقر ٢٣٤) . وفي بلجيكا يكفي في الإحذار بكتاب غير رسمي أو برقية ما دام إثبات ذلك ممكناً ، وإذا أقر المدين بحدود الكتاب أو البرقية كان في هذا الإقرار إثبات كامل ، ونصير المدين في هذه الحالة - (٥٣ الفرميط - ٢٤)

وأما في المسائل التجارية فيكفي في الإعذار أن يكون بورقة غير رسمية وفقاً للعرف التجاري، بل إن مجرد الإخطار الشفوي يكفي إذا كان العرف التجاري يقضى بذلك. والمهم أن يبيح الدائن ما يثبت أن الإعذار قد تم على هذا الوجه<sup>(١)</sup>.

#### ٤٦٦ - الحالات التي لا ضرورة فيها للإعذار : هناك حالات

لا ضرورة فيها للإعذار، ويعتبر مجرد حلول الدين إشعاراً كافياً للمدين بوجود تنفيذ التزامه وإلا كان مستولاً عن التوفيق. وهذه الحالات ترجع إما إلى الاتفاق، وإما إلى حكم القانون، وإما إلى طبيعة الأشياء، وقد نص عليها جميعاً في المادتين ٢١٩ و ٢٢٠ من التقنين المدني.

فقد يتفق الطرفان مقدماً على أن المدين يكون معذراً بمجرد حلول أجل الالتزام دون حاجة إلى أي إجراء<sup>(٢)</sup>. ويكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً. ومثل الاتفاق الضمني أن يوجب رب العمل على المفاوض إتمام البناء في تاريخ معين، وأن يشترط الدائن في عقد التوريد وجوب التسليم فوراً (librable de sirite)<sup>(٣)</sup>.

---

= معذراً (دي پاچ ٣ فقرة ٨٠) ويعتبر حصول إعذار المدين مسألة واقع لا مسألة قانون، فلا يخضع لرقابة محكمة النقض (دي پاچ ٣ فقرة ٨١).

وقد رأينا أن كلا من التقنين المدني العراقي (٢٥٧ م) وتقنين المورجسات والمقود اللبناني (٢٥٧ م) كذلك يكتفي في الإعذار بكتاب غير رسمي (انظر آنفاً فقرة ٤٦٣ في الماش).

(١) استثنائاً مخطط ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٠ - ١٢ يناير سنة ١٩٠٩

م ٢١ ص ١١٤ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ - ١٢ فبراير سنة ١٩١٢

م ٢٥ ص ١٧٠ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٦

جازيت ٢٨ رقم ٧٤ ص ٨٤ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٧٣ - انظر أيضاً في

فرنسا بلاتيل، ديبر وروان ٧ فقرة ٧٧٢ ص ٨٣.

(٢) وقد ورد في تاريخ نص المادة ٢١٩ (انظر آنفاً فقرة ٤٦٣ في الماش) أن لجنة

المراجعة ذهبت إلى أن الإخطار بالاتفاق عليه مقدماً يعتبر إشعاراً تم بإجراء معين هو هذا الاتفاق،

فلا يدخل في الحالات التي لا ضرورة للإعذار فيها. ولم يجاز اللجنة في هذا الرأي، بل أدرجنا

حالة الاتفاق مقدماً ضمن الحالات الأخرى التي لا ضرورة فيها للإعذار، في هذه الحالات جميعاً

يعتبر المدين معذراً بمجرد حلول الدين دون حاجة إلى أي إجراء. ولا يمكن اعتبار الاتفاق

مقدماً لإجراء إعذار المدين، بل هو اتفاق مل ألا يكون هناك إجراء لهذا الإعذار.

(٣) پرو : أنسيكلويدي دالورز ٣ (Mins en demeure) فقرة ٧.

ويجب أن يكون الاتفاق الضمني غير محل للشك ، فوضع شرط جزائي في العقد لا يفهم منه الإعفاء من الإعذار<sup>(١)</sup> ، واشتراط حلول جميع الأقساط عند تأخر المدين في دفع قسط منها لا يمنع من وجوب الإعذار إلا إذا كان هناك اتفاق واضح على العكس<sup>(٢)</sup> . وقد يوجد اتفاق على عدم الحاجة إلى الإعذار ، ولكن الدائن ينسخ هذا الاتفاق بتصرفه ، كما إذا اشترطت شركة التأمين على المؤمن عليه عدم الحاجة إلى الإعذار في اقتضاء أقساط التأمين ثم تنعقد بعد ذلك أن تعذره كلما تأخر أو أن ترسل إليه عامل التحصيل ليتسلم الأقساط المستحقة<sup>(٣)</sup> .

وقد يقضي القانون بعدم الحاجة إلى الإعذار . وقد نص فعلا في المادة ٢٢٠ على ألا ضرورة للإعذار في حالات معينة ، بعضها كان في حاجة إلى هذا النص ، وبعضها يرجع إلى طبيعة الأشياء .

فأما ما كان في حاجة إلى النص فالحالة التي يكون فيها محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق ، أو رد شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك . ففي هذه الحالة يكون المدين سبب النية ، ويكون واجباً عليه أن يرد الشيء إلى الدائن ، وليس الدائن - بمقتضى النص - في حاجة إلى إعذاره . ومن ثم يجب على المدين أن يبادر فوراً إلى رد الشيء للدائن ، دون إعذار ، وإلا كان مستولاً عن التأخر في الرد<sup>(٤)</sup> . وهناك حالات أخرى متفرقة في نواحي القانون ، نص فيها

---

(١) دافيد : مقال في الإعذار منشور في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٩ ص ١٠٩ .

(٢) كفر الشيخ ٢٨ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٠ - والتموز ٢ ص ١٢٢ - قارن مع ذلك استئناف مخطوط ٣٠ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٥ . ويجرد أن يشترط في عقد البيع أن يكون مفسوخاً من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن لا يبيح من الإعذار ، وإذا بطل زعم المشتري أن الإقذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته في مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلاً من البائع من خيار الفسخ ، فإن ذلك الإقذار واجب قانونياً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح ( نقض ملف ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨ ) .

(٣) الموجز المؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢١ هامش رقم ٢ .

(٤) وقد كان هذا هو أيضاً الحكم في عهد التقنين المدفوع السابق ، دون أن يكون هناك نص صريح يقضي بذلك ( الموجز المؤلف فقرة ٤٢٦ ص ٤٢١ - ص ٤٢٢ - استئناف مخطوط =

على وجوب تنفيذ المدين لالتزامه دون حاجة إلى إعدار. منها ما قضت به الفقرة الثانية من المادة ٧٠٦ مدني من أن الوكيل ملزم بقوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وكانت القاعدة العامة تقضي بأن القوائد تستحق ، لامن يوم الإعدار فحسب ، بل من يوم المطالبة القضائية كما سئرى ، وهنا استحققت القوائد دون مطالبة قضائية بل ودون إعدار من يوم استخدام الوكيل للمبالغ لصالحه . ومنها ما قضت به المادة ٧١٠ مدني من أن الموكل يلتزم بأن يرد للوكيل ما أنفق في تنفيذ الوكالة التنفيذ المتعاد مع القوائد من وقت الانفاق ، وهنا أيضاً تستحق القوائد لامن وقت المطالبة القضائية ولامن وقت الإعدار بل من وقت الإنفاق <sup>(١)</sup> .

وأما ما يرجع إلى طبيعة الأشياء وورد مع ذلك فيه النص فثلاث حالات :  
(أولاً) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين <sup>(٢)</sup> .

---

= ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٨ — اسكتيرية الكلية المخططة ١٥ مايو سنة ١٩١٥  
جازيت ٥ رقم ١٣٩ ص ٣٤٥ — انظر مع ذلك استئناف مخطط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩  
٣١٢ ص ١٦٥) .

(١) انظر أيضاً المادة ١٩٥ مدني وتنص على أن «يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضول لحسابه ، وأن يموض عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له التنفقات الضرورية والنافعة التي سبقتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ...» .  
والمادة ٥٥٨ فقرة أولى مدني وتنص على أنه «لا حق للبائع في القوائد القانونية من المئز إلا إذا أخطر المشتري أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره» . والمادة ٥١٠ مدني وتنص على أنه «إذا تمهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود ، ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته قوائمه من يوم استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تمويض تكيل عند الاقتضاء» . والمادة ٥٢٢ مدني وتنص على أنه ١٥ — «إذا أسخط الشريك أو احتجز مبلغاً من مال الشركة ، لزمته قوائمه هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه ، وبغير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعدار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق للشركة من تمويض تكيل عند الاقتضاء» . ٢ — «إذا أمه الشريك للشركة من ماله ، أو أنفق في مصلحتها شيئاً من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركة قوائد هذه المبالغ من يوم دفعها» . والمادة ٨٠٠ فقرة ٣ مدني وتنص على أن «يكون للكفيل الحق في القوائد القانونية من كل ما قام بدفعه اجتهاد من يوم الدفع» .

(٢) قانون استئناف مخطط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ .

فلا معنى إذن لإعذار المدين، وهذا ما تقضى به طابع الأشياء، لأن الإعذار هو دعوة المدين إلى تنفيذ التزامه وقد أصبح هذا التنفيذ غير ممكن أو غير مجد بفعله، فاستحق عليه التعويض دون حاجة إلى إعذار. ولو كانت استحالة التنفيذ نشأت بغير فعل المدين لانقضى الالتزام، ولما كان المدين مسئولاً حتى عن التعويض. وتحقق الحالة التي نحن في صددنا في فروض مختلفة. منها أن يكون تنفيذ الالتزام غير مجد إلا في وقت معين فيفوت هذا الوقت دون أن ينفذ المدين التزامه، كأن يلتزم مقاول ببناء مكان في معرض لأحد المعارض وينتهي المعرض قبل أن ينفذ المقاول التزامه، وكأن يلتزم حمام برفع استئناف عن حكم وينتهي ميعة الاستئناف قبل أن يرفعه<sup>(١)</sup>. ومنها أن يكون الالتزام بالامتناع عن عمل ثم يخل المدين بالتزامه ويأتى العمل الممنوع، فلا فائدة من الإعذار في هذا الفرض إذ أصبح التنفيذ العيني غير ممكن<sup>(٢)</sup>. ومنها أن يبيع شخص من آخر عقاراً، ثم يبيعه من ثان ويسجل هذا عقده قبل أن يسجل الأول، فيصبح تنفيذ التزام البائع نحو المشتري الأول غير ممكن، ومن ثم لا ضرورة للإعذار. ومنها التزام المؤجر بإجراء إصلاحات في العين المؤجرة، فمات من الوقت دون إجراء هذه الإصلاحات مع حاجة العين إليها لا يلزم فيه إعذار، على أن يخطر المستأجر المؤجر بحاجة العين إلى الإصلاحات مجرد إخطار ليس من الضروري أن يكون في شكل الإعذار، بل لو أخطره شفويًا - وله أن يثبت الإخطار بجميع الطرق لأنه يعتبر هنا واقعة مادية - فإن هذا يكفي<sup>(٣)</sup>. وفي العقود الزمنية أو المستمرة (successifs) لا ضرورة للإعذار إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه الزمني، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات الزمن، فالالتزام شركات المياه والنور والغاز بتوريد ما تقوم عليه من مرافق للمستهلكين، والالتزام بالتعهد بتوريد الغذاء لمستشفى أو لمدرسة، والالتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، كل هذه التزامات زمنية إذا أحل بها المدين استحق عليه

(١) استئناف مصر ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٢ الحاماة ٢ ص ٣٧٩.

(٢) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٢٣٥ — استئناف مخطوط ١٧ أبريل سنة ١٩١١ جازيت ٢ رقم ١٥٩ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢.

(٣) كولان وكاچتان ومورانديير ٢ فقرة ٨٠٣ ص ١١٤ — برو : أنسيلكوريندي دالوز ٣ (Mise en demeure) فقرة ٢٥.

### التعويض ولو قبل الاعذار (١) :

(ثانياً) إذا كان عمل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . ذلك أن العمل غير المشروع إنما هو إخلال بالالتزام الشخص أن يتخذ الحيلة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، متى أدخل الشخص بهذا الالتزام فأضر بالغير ، لم يعد التنفيذ المعنى للالتزام ممكناً ، فلا جدوى إذن في الإعذار (٢) . ويمكن القول أن كل التزام يبذل عناية - ومن ذلك الالتزام باتخاذ الحيلة الواجبة لعدم الإضرار بالغير - يكون الإخلال به غير ممكن تداركه ، ومن ثم لا يلزم الإعذار لاستحقاق التعويض عن هذا الإخلال . ويرد ذلك إلى القاعدة التي بسطناها في الحالة الأولى ، إذ أنه متى أدخل المدين بالالتزام في ذمته يبذل عناية فقد أصبح التنفيذ المعنى لهذا الالتزام غير ممكن ، فلا ضرورة إذن للإعذار . ورى من ذلك أن هذه الحالة الثانية ليست في الواقع إلا تطبيقاً من تطبيقات الحالة الأولى (٣) .

(ثالثاً) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه . فبعد هذا التصريح الثابت بالكتابة لا جدوى في إعذاره ، فهو قد رد سلفاً أنه لا يريد القيام

---

(١) الأستاذ إسحاق غانم في أحكام الالتزام ص ٦٠ - هذا وقد رأينا في تاريخ نص المادة ٢٢٠ ( انظر آنفاً فقرة ٤٦٣ في الهامش ) أن المشروع التمهيدى لهذه المادة كان يتضمن العبارة الآتية : « إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن بفعل المدين ، وعلى الأخص إذا كان عمل الالتزام نقل حق مسمى أو القسيام بعمل ، وكان لابد أن يتم التنفيذ في وقت معين وانقضى هذا الوقت دون أن يتم ، أو كان الالتزام استناعاً عن عمل وأدخل به المدين » . وقد حذفت لجنة مجلس الشيوخ هذه العبارة من أول كلمة « وعلى الأخص » ، لأنها تورد تطبيقات مجزئة عن إيرادها عموم العبارة ، ثم أضافت بعد عبارة « غير ممكن » عبارة « أو غير مجد » حتى يكون النص شاملاً لجميع الصور .

(٢) استئناف مخطط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٩٦ - ٥ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٣ .

(٣) وقد قلنا أن الصحيح أن يقال إن العمل غير المشروع هو إخلال بالالتزام اتخاذ الحيلة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، فهو إخلال بالالتزام بعمل ، لا إخلال بالالتزام بالاستناع عن عمل هو عدم الإضرار بالغير . وينبغي الأستاذ إسحاق غانم ( أحكام الالتزام فقرة ١٤ ص ٢٦ و فقرة ٢٢ ص ٥٧ ) إل أن الالتزام بعدم الإضرار بالغير - أو باتخاذ الحيلة الواجبة لعدم الإضرار بالغير - هو الوجه الذي ذهبنا إليه - ليس التزاماً بالمعنى الحقيقي ، بل هو واجب قانوني عام « باحترام الحدود إلى رسمها لقانون لكي يستطيع كل عضو في المجتمع أن يزاول نشاطه »

بالتزامه<sup>(١)</sup> . ولا يكفى التصريح أمام شهود ، فالقانون قد اشترط الكتابة . على أن الظاهر أن الكتابة هنا للإثبات ، فلو أقر المدين أنه صرح بعدم إرادته القيام بالتزامه ، أو نكل عن البيان التي وجهت إليه في ذلك ، لكان ذلك كافياً في إثبات التصريح المطلوب للإعذار<sup>(٢)</sup> .

ولما كانت هذه الحالات الثلاث<sup>(٣)</sup> إنما تقضى بها طبائع الأشياء كما قدمنا ، فقد كان معمولاً بها في عهد التقنين المدني السابق ، دون أن يشتمل هذا التقنين على نص يقابل نص التقنين المدني الجديد الذي سبق أن أوردناه<sup>(٤)</sup>

= دون جور على غيره ، ولذلك لم يتحدد فيه شخص الدائن ، ولا يتضمن معنى العبء إذ يتساوى فيه الجميع . وإنما الالتزام بالملئى الفنى الدقيق هو الالتزام بالتعويض عن الضرر الناتج عن الخطأ ، وبالنسبة إلى هذا الالتزام من المتصور أن يدعو الدائن المدين إلى القيام به عن طريق الإعذار ، ولكن لما كان المدين مقصراً من يوم نشوء التزامه ، فقد رأى القانون في ذلك سبباً كافياً لإعفاء الدائن من الإعذار .

(١) استئناف مخطوط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦٧ ص ١٦٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٨ — أول برنيه سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٣٥٥ — انظر أيضاً أوبرى ورو نفرة ٣٠٨ ص ١٣٩ — ديوج ٩ نفرة ٢٣٦ — بلانيول وريبير وردوان ٧ نفرة ٧٧٣ ص ٨٥ — قارن دى پاچ ٣ نفرة ٧٦ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض ، في عهد التقنين المدني السابق ، بأن القانون لا يتطلب إعذار الملتزم متى كان قد أعلن إصراره على عدم الوفاء ، واستخلاص هذا الإصرار من الدليل المقدم لإثبات حصوله هو مسألة موضوعية لا سلطان فيها لمحكمة النقض على محكمة الموضوع ( نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩١٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٩٣٥ ) . فيكون التقنين الجديد قد استحدث أن يكون الدليل بالكتابة — هذا وإذا أقر المدين بتقصيره في القيام بالتزامه ، قام هذا الإقرار مقام الإعذار ( اسكندرية الأهلية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٨ ص ٢٢٣ ) .

(٣) انظر في هذه الحالات الثلاث المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٠ — ص ٥٦١ — ويلاحظ أنه في الحالات التي لا تكون فيها حاجة للإعذار ، ويكون المدين مطلوباً ( quérable ) لا محمولاً ( Portable ) ، لا يبنى عدم الحاجة إلى الإعذار الدائن من أن يسعى لتفادى الدين في موطن المدين ( كولان وكانييتان ومورانديير ٢ نفرة ١٥٣ ص ١١٤ — الأستاذ إسحاق غانم في أسكنام الالتزام نفرة ٤٠ ) .

(٤) الموجز لمؤلف نفرة ٤٢٦ ص ٤٢٢ — ص ٤٢٣ — وأحكام القضاء في عهد التقنين المدني السابق في هذا المعنى . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن الإعذار ليس لازماً في جميع الأحوال ، فقد يتفق المتعاقدان على الإعفاء منه ، وقد لا يكون له محل بحكم طبيعة التمهيد ذاته ( نقض مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩١٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٧٢ ص ٧٤٦ ) . وقضت =

## ٤٦٧ - محتاج القافية التي ترتب على الوفاء : يرتب على

اعذار المدين تيجتان رئيستان :

(النتيجة الأولى) يصبح المدين مسئولاً عن التعويض لتأخره في تنفيذ الالتزام، وذلك من وقت الإعذار . أما في الفترة التي سبقت الإعذار ، فلا يعرض المدين الدائن عن التأخر في التنفيذ ، فالقروض كما قلنا أن الدائن قد رضى بهذا التأخر ولم يصبه منه ضرر مادام أنه لم يعطو المدين<sup>(١)</sup> . والنص صريح في هذا المعنى ، فقد قضت المادة ٢١٨ مدني بأنه ولا يستحق التعويض إلا بعد إعذار

هو بأنه متى كان ثابتاً أن الوفاء أصبح مستبعداً ، أو كان الممتنع قد أعلن إصراره على عدم الوفاء ، ففي هذه الأحوال وأشابها لا يكون التنبؤ من مقتضى ( نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٩ ص ٢٧٣ - ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥ ) . وقضت بعدم ضرورة الإعذار في حالة المسؤولية التضامنية وفي حالة المسؤولية التقفدية عند الإخلال بالزام سلبى ( أول يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره رقم ٢٥١ ص ٥١٣ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ ص ٩٨ ) انظر أيضاً : استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٢٥ - ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٨ - ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٠ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ - ٥ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٣ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٨ جازية ٩ رقم ٢٨ ص ٣٩ .

(١) نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٦ ص ٢٩٢ - استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ . ويعدل عدم الإعذار الرجوع في الإعذار ، فقد يعطى الدائن المدين مرة أولى ، ثم يرجع في إعذاره الأول بإعذار ثانٍ يمنح فيه المدين مهلة الوفاء ، فالمرحلة الثانية لا بالإعذار الأول . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد احتد في تعيين تاريخ التقصير بإعذار صادر في تاريخ معين دون الإعذار الصادر بعده المشتمل على منح مهلة الوفاء ، وذلك من غير أن يوضح على المراسم الإعذار الأخير ، فإنه يكون قاصراً ( نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٩ ص ٦١٤ ) .

كذلك لا يستحق تعويض ، إذا قام المدين بوفاء جزئى ثم توقف بعد ذلك عن الوفاء ، إلا من وقت إعذار المدين بعد توقفه . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا سلم البائع جزءاً من المبيع متأخراً عن الميعاد المتفق عليه ، ثم توقف ، عن تسليم الباقي حتى أطعمه المشتري ، ولم يثبت من وقائع الدعوى ما يدل على ظهور عجز البائع عن الوفاء من اليوم الذي حصل فيه تسليم ذلك الجزء ، بل كانت تلك الوقائع دالة على أن ميعاد التوريد المتفق عليه في العقد قد عدل عنه برضاء الطرفين ، فإن الخصومات لا تكون مستحقة إلا من الوقت الذي امتنع فيه البائع عن الوفاء بعد تكليفه به رسمياً . وإذا تسلم البائع بسبب ارتفاع الأسعار باستحقاق الخصومات من تاريخ التسليم الجزئى باختيار أنه هو التاريخ الذي ظهر فيه عجزه عن الوفاء بالباقي ، وقضت المحكمة بذلك ، كان حكمها مخالفاً في تطبيق القانون ( نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٨ ص ٥٥٢ ) .



المدين<sup>(١)</sup> . ويلاحظ أنه إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، فالتعويض عن التأخر - أى الفوائد - لا يكون مستحقاً بمجرد إعدار المدين ، بل لابد من رفع الدعوى ، ولا نسرى الفوائد إلا من وقت إعلان صحيفة الدعوى ، وسبأى تفصيل ذلك .

(النتيجة الثانية) ينتقل تحمل التبعة (risque) من طرف إلى آخر . وقد قدمنا أن تبعة الهلاك فى الالتزام بالتسليم تكون على المدين بهذا الالتزام إذا كان التزاماً تبعياً ، وتكون على المالك إذا كان التزاماً مستقلاً . ورأينا أن الإعدار ينقل تبعة الهلاك من طرف إلى آخر فى كلتا الحالتين على التفصيل الذى قدمناه . ورأينا أيضاً أن المدين المعذر إذا أثبت أن الشيء كان يهلك فى يد الدائن لو أنه سلم إليه ، اندفعت عنه تبعة الهلاك بالرغم من إعداره ، وانتهى التزامه .

ورأينا أخيراً أنه يتحمل مع ذلك التبعة إذا كان الشيء مسروقاً متى كان هو السارق ، ولو أثبت أن المسروق كان يهلك عند المالك لو أنه رد إليه .

ويلاحظ أن كل هذه الأحكام كان معمولاً بها فى عهد التقنين المدنى السابق<sup>(٢)</sup> .

(١) نقض مدنى ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ص ١٠٣ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ص ٤٥ - استئناف أهل ٧ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٨ ص ٥٨ - ٢ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٤٥ - ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٠٧ - استئناف غنطط ٢٧ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٩٦ - ٢ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٩٨ - ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٧ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٥٩ - ١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٣ - ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٧٠ - ١٣ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٥ - ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٢ .

والإعذار - وهو إرادة منفردة كما قدمنا - ضرورى ، لا فحسب للمطالبة بالتعويض من التأخر فى التنفيذ ، بل أيضاً لاستحقاق الدائن لهذا التعويض (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٣٧ هامش رقم ٢ - بودرى وبارد ١ فقرة ٤٦٨ مكررة) . ومن ثم يستحق الدائن التعويض من التأخر فى التنفيذ بسبب واقعة قانونية مركبة ، تتكون من عنصرين : عنصر التأخر فى التنفيذ وهذه واقعة مادية ، وعنصر الإعذار وهذا تصرف قانونى . وعنصر الواقعة المادية هو المنصة المتطلب .

(٢) الموجز المؤلف فقرة ٤٢٧ .

## الفرع الثاني

### تقدير القاضي للتعويض

٦٨- نوعا التعويض : والتعويض الواجب على المدين ، إذا لم يتم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، نوعان : (١) تعويض عن عدم التنفيذ (dommages-intérêts compensatoires) (٢) تعويض عن التأخر في التنفيذ (dommages-intérêts moratoires) (١).

والتعويض عن عدم التنفيذ محل ، كما رأينا ، محل التنفيذ المعيني ، ولا يجمع معه (٢) . أما التعويض عن التأخر في التنفيذ فإنه تارة يجمع مع التنفيذ المعيني إذا نفذ المدين التزامه متأخراً فيجتمع عليه إلى جانب هذا التنفيذ المعيني التعويض عن التأخر فيه ، وطوراً يجمع مع التعويض عن عدم التنفيذ إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً فيجتمع عليه تعويضان : تعويض عن عدم التنفيذ وتعويض عن التأخر في التنفيذ (٣).

والإجماع منمقد على أن الإعذار واجب في التعويض عن التأخر في التنفيذ ، وقد رأينا فيما قدمناه أن هذا التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين . أما التعويض عن عدم التنفيذ فقد اختلف الرأي فيه . هناك رأى يذهب إلى وجوب الإعذار أيضاً لإطلاق النص ، إذ لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ، دون تمييز بين تعويض عن التأخر في التنفيذ وتعويض عن عدم التنفيذ (٤) . وهناك

(١) انظر المادة ٢٥٢ من تقنين الموجبات والمقود اللبناني .

(٢) إلا إذا كان هناك تنفيذ جزئي ، فيجتمع التنفيذ المعيني الجزئي مع تعويض عن عدم تنفيذه بقية الالتزام ( بلانيول ، ريبيرو ودوان ٧ فقرة ٨٧٣ ص ٢٠٦ ) . وإذا سلم المدين المعين ، ولكن بعد أن أعلن بانزاه في المحافظة عليها فأصابها تلف ، فإنه يدفع تعويضاً من التلف إلى جانب تسليم المعين . وليس في هذا جمع بين التنفيذ المعيني والتعويض عن عدم التنفيذ ، بل هو تنفيذ معيني لالتزام ( وهو التزام التسليم ) وتعويض عن عدم تنفيذه الالتزام الآخر ( وهو الالتزام بالمحافظة ) ( بلانيول وريبيرو ودوان ٧ فقرة ٨٧٣ ص ٢٠٧ )

(٣) بلانيول وريبيرو ودوان ٧ فقرة ٨٧٤ - دي باج ٣ فقرة ١٢٨ - فقرة ١٣٤ .

(٤) كوليه دي سانتيير ٥ فقرة ٦٢ مكررة - ديموج ٦ فقرة ٢٤٢ - جورسان ٢

فقرة ٦٦١ - دي باج ٣ فقرة ٧٣ - فقرة ٧٤ .

ورأى آخر يذهب إلى عدم وجوب الإعذار ، لأن التعويض عن عدم التنفيذ مستحق عن واقعة لا شأن للإعذار بها ، فلا جدوى في الإعذار<sup>(١)</sup> . ونحن نميل إلى التمييز ما بين فرضين في حالة ما إذا طالب الدائن المدين بالتعويض عن عدم التنفيذ : فاما أن يكون التنفيذ العيني لازال ممكناً ، وإما أن يكون هذا التنفيذ قد أصبح غير ممكن . ففي الفرض الأول يجب الإعذار لاستحقاق التعويض ، لأن التنفيذ العيني لازال ممكناً ، والإعذار دعوة للمدين أن يقوم بهذا التنفيذ وإلا دفع تعويضاً ، فيكون للإعذار معنى إذ يحتمل أن يقوم المدين بالتنفيذ العيني عقب إعذاره . وفي الفرض الثاني ، -إذا أصبح التنفيذ العيني غير ممكن ، لم تعد هناك جدوى في الإعذار ، إذ تكون في إحدى الحالات الاستثنائية التي لا حاجة للإعذار فيها<sup>(٢)</sup> . وهذا الرأي الذي نقول به يؤدي إلى أن الإعذار واجب لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ وجوبه لاستحقاق التعويض عن التأخر في التنفيذ ، وذلك فيما خلا الحالات الاستثنائية التي يصبح فيها الاعذار غير ضروري ، سواء للتعويض عن عدم التنفيذ أو للتعويض عن التأخر في التنفيذ وسواء كان التعويض عن عدم التنفيذ أو عن التأخر في التنفيذ ، فإن القواعد التي تتبع في تقديره واحدة لا تختلف .

#### ٤٦٩ - عناصر التعويض : والذي يقوم بتقدير التعويض عادة هو

القاضي كما قدمنا . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من التقنين المدني على أنه «إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون ، فالقاضي هو الذي يقدره . ويشمل التعويض الخلق البائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد

(١) بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٥٧٦ - كولان وكايبان ومورانديير ٢ فقرة ١٥٤ - مازو ٣ فقرة ٢٢٧٦ - الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٧١ - انظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٤٣٩ حاشي رقم ٢ .

(٢) انظر في هذا المعنى : بودرى وبارد ١ فقرة ٤٧٢ ص ٥٠١ - بلانويول وريبير وروهان ٧ فقرة ٨٢٨ ص ١٥٧ - بلانويول وريبير وبولانيجه ٢ فقرة ١٥١٨ .

مقول (١) .

ونرى من هذا النص أن التعويض عنصرين : ما أصاب الدائن من الخسارة (damnum emergens)، وما ضاع عليه من الكسب (lucrum cessans) (٢)، ومن هنا جاءت التسمية : (dommages - intérêts). فالقاضي إذن في تقديره التعويض - سواء التعويض عن عدم التنفيذ أو التعويض عن التأخر في التنفيذ - يدخل في حسابه هذين العنصرين . فيقدر أولاً ما أصاب الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو بسبب تأخره في هذا التنفيذ . ثم يقرر بعد ذلك ما فات الدائن من كسب . ومجموع هذين هو التعويض (٣) .

فالمدين الذي لا يقوم بتنفيذ التزامه عن تسليم بضاعة تعهد بتسليمها للدائن يدفع تعويضاً عما أصاب الدائن من خسارة بسبب اضطرابه لشراء هذه البضاعة بشئ أعلى ، وعما ضاع عليه من ربح بسبب فوات صفقة رابحة ثبت أنه كان يعقدها لو قام المدين بتنفيذ التزامه وسلمه البضاعة في الميعاد المتفق عليه . والممثل الذي لا يقوم بتنفيذ التزامه من إحياء ليلية تمثيلية يدفع تعويضاً للدائن عما أصابه من خسارة بسبب ما أنفقه في تنظيم هذه الليلة ، وعما ضاع عليه من ربح كان يجنيه لو أن الممثل قام بالتزامه . وهكذا (٤) .

وغنى عن البيان أنه لا يكون هناك محل للتعويض إذا لم يصب الدائن ضرر ولم يفته كسب من جراء عدم قيام المدين بالتزامه أو من جراء تأخره في ذلك . وكثيراً ما يتحقق هذا الأمر في حالة مجرد تأخر المدين في تنفيذ التزامه . وقد يتحقق أيضاً في حالة عدم التنفيذ ، كما إذا لم يتم عمام بالتزامه نحو موكله من التقدم باسمه في قائمة توزيع أو من قيد رهن لمصلحته ، ويتبين أن تخلف المصاحي عن

(١) انظر تاريخ هذا النص في الوسيط جزء أول ص ٩١١ هامش رقم ١ .

(٢) وتنص المادة ٢٦٠ من تقنين الموجبات والقرود البتاني مل أنه « يجب أن يكون بدل العطل والضرر ساهلاً تماماً لضرر الواقع أو الربح الفائت » .

(٣) نفس مدق ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام التقاضي رقم ١١٨ ص ٧٤٤ - استئناف مخطط ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٧١ - ٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٨ - وقد لا يوجد إلا عنصر واحد فيقتصر التعويض عليه : استئناف مخطط ١٣ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٥٧ .

(٤) الموجز المؤلف فقرة ٤٤٥ ص ٤٤٠ - ص ٤٤١ .

القيام بالتزامه لم يلحق بالموكل ضرراً ولم يفوت عليه نفعاً ، إذ أنه لو كان تقدم باسمه في قائمة التوزيع لما أصاب الموكل شيء من المبلغ الموزع ، ولو أنه كان قيد الرهن لصلحت لما كان هذا القيد متجاً لأن العقار مقفل بهون سابقة تستغرقه . والدائن هو الذي يقع عليه عبء الإثبات ، فثبت مقدار ما أصابه من ضرر ومقدار ما فاتته من كسب<sup>(١)</sup>.

#### ٤٧٠ - الضرر المباشر والضرر المتوقع الموصول : وقد سبق أن

بيننا<sup>(٢)</sup> أن الضرر غير المباشر (indirect) لا يعرض عنه أصلاً ، لا في المسؤولية العقابية ولا في المسؤولية التصبيرية<sup>(٣)</sup>. فلا يعرض إذن في المسئوليتين إلا عن الضرر

(١) استئناف مخطط ٩ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٥٣٨ - قارن استئناف مخطط ٣ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٣٣١ . وانظر في كل هذا الموجز المؤلف فقرة ٤٤٥ ص ٤٤١ .

وتقدير التعويض من سلطة قاضي الموضوع . وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير التعويض متى قامت أسبابه ولم يكن في القانون نص ملزم باتباع معايير معينة أو خصوصه هو من سلطة قاضي الموضوع . فإذا كان الحكم ، في تقديره التعويض الذي قضى به للمُجرى على مستأجر استمر في وضع يده على الأرض المجبرة دون رضاه المجرى ، قد استهدى بفئات الإيجار السنوية المقررة بمرسوم بقانون معلوم لكافة الناس لنشره في الجريدة الرسمية ، وبالمعالم العام بأوتنفاع أجور الأطنان لحالة الانتعاش السائدة في السنوات الماضية واللاحقة لفقد المستأجر ، وبقبول المستأجر لفئة الإيجار بواقع كذا جنباً لفقدان إذا ما استمر وضع يده على العين برضاه المجرى ، فلا يصح أن ينسب عليه أنه أغل بحق المستأجر في الدفاع إذ اعتبر حسن ما اعتبر به في تقدير التعويض بفئات الإيجار السنوي الواردة بذلك المرسوم بقانون الذي لم يكن بين أوراق الدعوى ولم يتسلك به أحد من الخصوم (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ ص ٩٨) . ولكن يجب بيان عناصر الضرر في الحكم ، والحكم الذي يقضى بمبلغ معين على سبيل التعويض ، إذا لم يبين عناصر الضرر الذي قضى من أجله بهذا المبلغ ، فإنه يكون قاسراً قصوراً يستوجب نقضه (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٩ ص ٦٩٣) .

وانظر في مقياس التعويض عن الضرر المباشر وفي تعريف الملائمة التي من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض عن المسئولية التصبيرية والضرر المتغير والوقت الذي يقدر فيه : الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٤٧ - فقرة ٦٤٩ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٥١ .

(٣) قارن المادة ٢٩١ من تقنين الموجبات والشقوق البشائية ، وتنس على : إن الأضرار غير المباشرة ينظر إليها بعين الاعتبار كالأضرار المباشرة ، ولكن بشرط أن تثبت كل التجزئ صلتها بعدم تنفيذه الموجب .

المباشر (direct) . والضرر المباشر هو - كما تقول المادة ٢٢١ صالفة الذكر - ما يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، ويصير الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول<sup>(١)</sup> .

ولكن في المسؤولية التقصيرية يعرض عن كل ضرر مباشر ، متوقفاً (prévisible) كان أو غير متوقع (imprévisible) . أما في المسؤولية العقدية فلا يعرض إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالي الغش والخطأ الجسيم . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من الترتيب المدني صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « ومع ذلك إذا كان الالتزام مصلده العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب خطأ أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد »<sup>(٢)</sup> . وقد سبق أن بينا تفصيلاً ما هو الضرر المباشر ، وما هو الضرر المباشر المتوقع ، وما الذي يبرر قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع ، وتحديد الضرر المتوقع من حيث توقع سبب الضرر ومقداره<sup>(٣)</sup> .

#### ٤٧١ - تقرير التعويض . مبلغ من النقود : والقاضي يقدّر التعويض

عادة بمبلغ من النقود ، سواء في ذلك المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية أو أي التزام منشؤه مصدر آخر . ومع ذلك قد يكون التعويض غير نقدي في بعض الحالات . ففي دعاوى السب والقذف يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف ، وهذا النشر يعتبر تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى عليه . بل قد يكون التعويض تعويضاً عينياً فيجوز للقاضي أن يحكم بهدم حائط أقامها المالك تعسفاً لحجب النور والهواء عن جاره ، ويجوز له أيضاً في حالة ما إذا هدم صاحب السفل سفله دون حق وامتنع من أن يعيد بنائه أن يأمر ببيع السفل لمن يتعهد

(١) وقد سبق أن بسطنا ذلك تفصيلاً في الوسيط جزء أول فقرة ٦١٠ .

(٢) انظر تاريخ هذا النص في الوسيط جزء أول ص ٦٨٤ هامش رقم ١ - وتنص المادة ٢٢٢ من الترتيب الموجبات والقرود البناني على « أن التعويض ، في حالة التقاعد ، لا يشمل سوى الأضرار التي كان يمكن توقعها عند إنشاء العقد ، ما لم يكن المدين قد ارتكب خطأ » .

(٣) انظر في كل ذلك الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٥١ - فقرة ٤٥٣ . وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٤ .

بينائه (م ٨٦٠ فقرة ١ مدني) (١).

## ٤٧٢ - شروط استحقاق التعويض - النصوص القانونية :

وقد نصت المادة ٢١٥ من التقنين المدني على أنه : إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يبد له فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه (٢) .

(١) انظر في التعويض التقدي والتعويض غير التقدي في المسؤولية التفسيرية ديموج ٦ فقرة ٢٩٦ - فقرة ٣٠٠ مكررة - الوسيط الجزء الأول فقرة ١٤٤ - فقرة ١٤٥ . وانظر في التعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ - إذا أتلّف حامل النقل البضاعة أو تأخر في تسليمها ، أو أساء الصانع صنع أثنائ عهد إليه في صنعه ، ونحو ذلك - عن طريق ترك الشيء الثالث للمدين المقصر (laissé pour compte) وتقاضي قيمة الصحيح كاملة منه : بودري وبارد ١ فقرة ٤٤٩ - ديموج ٦ فقرة ٢٩٢ - فقرة ٢٩٥ وفقرة ٢٩٨ - بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٢٢ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٧١ ص ٤١٢ - جوسران ٢ فقرة ٦٠٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٩٢ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٢٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢١٥ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٦ - ص ٥٤٨ ) . وانظر المذكرة الإيضاحية لهذا النص في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٧ . ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ١٧٧/١١٩ و ٢٤١/١٧٨ : م ١٧٧/١١٩ - التضيّعات المترتبة على عدم الوفاء بكل المتعهد به أو بجزئه أو المترتبة على تأخير الوفاء ، لا تكون مستحقة زهادة على رد ما أخذه المتعهد إلا إذا كان عدم الوفاء أو التأخير مسؤولاً لتقصير المتعهد المذكور . م ٢٤١/١٧٨ : إذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين أو حدث عدم الإمكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفاً رسمياً ألزم بالتضيّعات . ( ولا تخلف أحكام التقنين المدني الجديد عن هذه الأحكام ) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢١٦ ( مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ١٦٨ ( مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدني المصري ، غير أنها مقصورة على المسؤولية التقديرية - وانظر الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٣٦ - فقرة ٣٨ ) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢١٨ ( مطابقة لنص المادة ٢١٥ من التقنين المدني المصري ) .

وقد بينا في الجزء الأول من الوسيط<sup>(١)</sup> أن هذا نص جوهرى في كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية، وقد وضع من أجل ذلك في الباب المقود لأثار الالتزام<sup>(٢)</sup>. ويتضح منه أن شروط التعويض هي نفس أركان المسئولية، عقدية كانت أو تقصيرية. وهذه الأركان هي: (١) الخطأ (٢) والضرر وعلاقة السببية ما بين الخطأ أو الضرر.

### ٤٧٣ - الخطأ (امالة): والخطأ إما أن يكون عقدياً أو تقصيرياً.

وقد بينا في الجزء الأول من الوسيط<sup>(٣)</sup> ما هو الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق غاية وفي الالتزام ببذل عناية، وتكلمنا في المسئولية العقدية عن الغير وعن الأشياء. وبيننا أيضاً<sup>(٤)</sup> ما هو الخطأ التقصيرى بركنيه المادى والمعنوى، وتكلمنا في المسئولية التقصيرية عن عمل الغير والمسئولية التقصيرية الناشئة عن الأشياء. فلا نعود هنا إلى ذلك، ونقتصر على هذه الإحالة<sup>(٥)</sup>.

### ٤٧٤ - الضرر (امالة): كذلك بينا في الجزء الأول من الوسيط<sup>(٦)</sup>

ما هو الضرر في المسئولية العقدية، وعلى من يقع عبء إثباته، وكيف يتحقق

= تقنين الموجبات والمقود للبناء م ٢٥٤: في حالة التعاقد يكون المدينون مسئولاً عن عدم تنفيذ الموجب إلا إذا أثبت أن التنفيذ أصبح مستحيلًا في الأحوال المبينة في المادة ٣٤١ - م ٢٥٥: في بعض المقود وعلى وجه الاستثناء لا يكون المدينون مسئولاً بمجرد عدم تنفيذ العقد، بل يكون إلحاق التبعة به موقوفاً على ارتكابه خطأ يجب على الدائن إثباته، ويمين القانون درجة أهميته - م ٢٥٦: أن شروط نسبة الضرر، في حالة عدم التعاقد، مينة في المادة ١٢٢ وما يليها. (وجملة هذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى المصرى).

(١) فقرة ٤٢٤ ص ٦٥٤.

(٢) وقد عالجنا شروط استحقاق التعويض عند الكلام في المسئولية العقدية وفي المسئولية التقصيرية، فنكتفي بالإحالة إليها هنا حيث تقتصر على افتراض الالتزام بالتعويض قائماً بمد أن استوفى شروطه، دون نظر إلى مصدره هل هو عقد أو غير عقد (انظر في هذا المعنى دى باج ٣ فقرة ٩٨).

(٣) فقرة ٤٢٧ - فقرة ٤٣٥.

(٤) الوسيط جزء أول فقرة ٥٢٦ - فقرة ٥٤٣ و فقرة ٦٦٢ - فقرة ٧٢٦.

(٥) انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للشروح التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٢

ص ٥٤٢ - ص ٥٤٤.

(٦) فقرة ٤٤٢ - ٤٤٩.



كل من الضرر المادى والضرر الأدبى فى هذه المسئولية ، وكيف يجب التعويض عن كل منهما . وبيننا الضرر فى المسئولية التصهيرية<sup>(١)</sup> ، وكيف يتحقق بنوعه من ضرر مادى وضرر أدبى ، وكيف تكفلت المادة ٢٢٢ من التقنين المدنى<sup>(٢)</sup> بالنص على وجوب تعويض الضرر الأدبى سواء كان ذلك فى المسئولية التصهيرية أو فى المسئولية العقيدية<sup>(٣)</sup> .

٤٧٥ - معرفة السبب ( احوال ) : وكذلك فى علاقة السبب فى كل من المسئولين العقيدية والتصهيرية تكلمنا فى السبب الأجنبى وفى السبب المنتج وفى السبب المباشر ، فنكتفى هنا بالإحالة<sup>(٤)</sup> . وعند الكلام فى السبب الأجنبى عرضنا للخطأ المشترك<sup>(٥)</sup> ، وكيف يجوز فيه للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما<sup>(٦)</sup> .

٤٧٦ - التعديل الإضافى لقواعد المسئولية ( احوال ) : وقد نصت

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٥٦٨ - فقرة ٥٨٠ .

(٢) انظر النص وتاريخه فى الوسيط الجزء الأول ص ٨٦٨ وحاشى رقم ١ .

(٣) انظر أيضاً الموجز المولف ص ٤٤٢ حاشى رقم ١ - وقد نصت المادة ٢٦٢ من تقنين الموجبات والمقود البنائى على أنه «يمتد بالأضرار الأدبية كما يمتد بالأضرار المادية بشرط أن يكون تقدير قيمتها بالنقود ممكناً على وجه مفعول » . ونصت المادة ٢٦٤ من نفس التقنين على أنه « يمكن الاعتداد بالأضرار المستقبلية على الشروط وعلى القياس المنصوص عليها لتعويض الخصاص بالإجرام فى المادة ١٣٤ فقرتها السادسة » . وقضت المسادة ٢٠٥ من التقنين المدنى المرافى بأن حق التعويض يتناول الضرر الأدبى . وهذا النص قد ورد بين النصوص المتعلقة بالمسئولية التصهيرية ، ولا نص على الضرر الأدبى فى المسئولية العقيدية . ومن ثم ذهب الدكتور حسن الدنون ( أحكام الالتزام فى القانون المدنى المرافق فقرة ٥٤ ) إلى أن حق التعويض يتناول الضرر الأدبى فى المسئولية التصهيرية دون المسئولية العقيدية ، ويلاحظ على هذا الرأى أن الفقه الحديث قد أصبح عموماً على جواز التعويض عن الضرر الأدبى فى المسئولين التصهيرية والعقيدية ، وأن نص المادة ٣٠٥ مدنى مرفاق ، وإن كان قد ورد فى المسئولية التصهيرية إذ هى الميدان الأكثر اتساعاً لضرر الأدبى ، ليس إلا تطبيقاً لقاعدة عامة هى جواز التعويض عن الضرر الأدبى بوجه عام .

(٤) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٥٤ - فقرة ٤٥٥ وفترة ٥٨١ - فقرة ١١٠ .

(٥) انظر نص المادة ٢١٦ مدنى وتاريخ النص فى الجزء الأول من الوسيط ص ٨٨٩ وحاشى رقم ٢ .

(٦) الوسيط الجزء الأول فقرة ٥٩٦ .

للمادة ٢١٧ من القانون المدني على ما يأتي :

١ - يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين ثبوت الحادث المفاجيء والقوة القاهرة .

٢ - وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه .

٣ - ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع <sup>(١)</sup> .

وقد سبق أن بينا فى المسئولية العقدية كيف يجوز الاتفاق على تعديل قواعدها ، فيجوز التشديد فيها كما يجوز التخفيف ، بل ويجوز الإعفاء منها فى حدود بينها النص <sup>(٢)</sup> . وبيننا كذلك فى المسئولية التصهيرية كيف لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها أو التخفيف ، وكيف يجوز الاتفاق على التشديد ، فنكتفى هنا أيضاً بالإحالة <sup>(٣)</sup> .

---

(١) انظر فى تاريخ النص الوسيط الجزء الأول ص ٦٧٢ هامش رقم ١ .

(٢) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٣٧ — فقرة ٤٤١ .

(٣) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٥٢ — فقرة ٦٥٤ — وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٣ .

## الفصل الثاني

### التعويض الاتفاق أو الشرط الجزائي

(La clause pénale)

٤٧٧ - ماهو الشرط الجزائي : يحدث كثيراً أن الدائن والمدين لا يتركان تقدير التعويض إلى القاضي كما هو الأصل ، بل يصدان إلى الاتفاق مقدماً على تقدير هذا التعويض . فيتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يتم المدين بالتزامه وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ ، أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وهذا هو التعويض عن التأخير . هذا الاتفاق مقدماً على التعويض يسمى بالشرط الجزائي .

وسمى بالشرط الجزائي لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصل الذي يستحق التعويض على أساسه . ولكن لاشيء يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق لهذا العقد <sup>(١)</sup> (م ٢٢٣ مدني) ، بل لاشيء يمنع من أن يكون اتفاقاً على تقدير التعويض المستحق من مصدر غير العقد كالعمل غير المشروع <sup>(٢)</sup> وإن كان هذا يقع نادراً <sup>(٣)</sup> .

(١) ولكن قبل وقوع الضرر الذي يقدر الشرط الجزائي التعويض عنه ، وذلك حتى لا يفتس بالصالح أو بالتجديد ( دى باج ٣ فقرة ١٢٠ ) .

(٢) ومن الأمثلة على شرط جزائي يقدر التعويض عن عمل غير مشروع الشرط الجزائي الذي ينفذ عليه في حالة الإخلال بوعده بالزواج ، إذ الإخلال بهذا الوعد تترتب عليه مسؤولية تقصيرية لا عقدية ( قارن أوبري ورد ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ ) . كذلك الشرط الجزائي الذي ينفذ عليه في حالة إبطال بيع ملك الغير تقدير لتعويض عن مسؤولية تقصيرية . وإذا حدد المتعاقدان مبلغ التعويض في حالة فسخ العقد ، فالمسؤولية التي تتخلف عن فسخ العقد إما هي مسؤولية تقصيرية وحد المتعاقدان بشرط جزائي مبلغ التعويض ضماً ( قلوب دى باج ٣ فقرة ١٢١ مكررة ثالثاً و فقرة ١٢٣ ) . وإذا كان الإخلال بالعقد جريمة جنائية - كجريمة التهديد - واتفق المتعاقدان على شرط جزائي ، فإن هذا يكون اتفاقاً مقدماً على التعويض عن جريمة أي عن عمل غير مشروع ( دى باج ٣ فقرة ١١٧ ) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع المجهدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٢ .

والأمثلة على الشرط الجزائي كثيرة متنوعة . فشرط القاطلة (cahier des charges) قد تتضمن شرطاً جزائياً يلزم المفاوض بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها المفاوض عن تسليم العمل المعهود اليه من إنجاز . ولائحة المصنع (règlement d'atelier) قد تتضمن شروطاً جزائية تقضي بحسم مبالغ معينة من أجرة العامل جزاء له على الإخلال بالتزاماته المختلفة . وتعريف مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد قد تتضمن تعديداً لمبلغ معين هو الذي تدفعه المصلحة للمتعاقد معها في حالة فقد « طرد » أو فقد رسالة . ولشتراط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين في دفع قسط منها هو أيضاً شرط جزائي ولكن من نوع مختلف ، إذ هو هنا ليس مقداراً معيناً من النقود قدر به التعويض ، بل هو تمجيل أقساط مؤجلة . ومثل ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه إذا اتفق المؤجر والمستأجر على أن يسلم المستأجر عند انتهاء إيجارته الأطنان المؤجرة إليه خالية من الزراعة ، وشرط في العقد تعويض المؤجر عن الإخلال بهذا الاتفاق بأن الزراعة التي عسى أن تكون قائمة عند انتهاء الإيجار تكون ملكاً للمؤجر ، كان الاتفاق الأصلي صحيحاً وكان الشرط الجزائي صحيحاً معه <sup>(١)</sup> .

(١) ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٢١٤ — ويقول ديموج في هذا الصدد أن الشرط الجزائي يصح أن يكون مبلغاً من النقود ، كما يصح أن يكون شيئاً أو عملاً أو امتناعاً أو تقصير محاد في استعمال الحق أو تشديداً في شروط استعماله أو اشتراط ترخيص أو تغيير مكان تثليث الالتزام ( ديموج ٦ فقرة ٤٥٣ ص ٤٨٨ ) — أنظر أيضاً : نقض ملف ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة محر ١ ص ٣٠ — محكمة مصر الوطنية ٢٥ مايو سنة ١٩٠١ المحقوق ١٧ ص ٩ — ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٣٤٩ — طنطا للكلية الوطنية ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٨٢ — مصر الوطنية الاستئنافية ١٦ أبريل سنة ١٩٢٠ المحاماة ١٢ ص ٢٤٥ — وانظر الموجز لمؤلف فقرة ٤٤٨ .

هذا والأصل في الشرط الجزائي هو أن يكون تقديراً مقدماً للتعويض كما أسلفنا القول . ولكن قد يستلزم المتعاقدان لأغراض أخرى . من ذلك أن يتفقا على مبلغ كبير يزيد كثيراً على الضرر الذي يتوقعونه ، فيكون الشرط الجزائي بمثابة تهديد مالي . وقد يتفقا على مبلغ صغير يقل كثيراً عن الضرر المتوقع ، فيكون الشرط الجزائي بمثابة إعفاء أو تخفيف من المسؤولية . فإذا ستر الشرط الجزائي قرعاً غير مشروع ، كان أخيراً إعفاء غير مشروع من المسؤولية ، كان الشرط باطلاً ( انظر بلايول وديبر وردوان ٧ فقرة ٨٦٧ — دي باج ٣ فقرة ١١٩ — وقانون أوربي رور ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ — بودوي وبارد ٢ فقرة ١٣٤٥ ) — وقد يكون التعرض من الشرط الجزائي تأكيداً لالتزام التعهد من الغير ، فبمجرد مبلغ التعويض الذي يكون مستحقاً له إذا لم يتم =

وبعد أن عرفنا بالشرط الجزائي على هذا النحو ، نتكلم في : (١) شروط استحقاقه وتكييفه القانوني (٢) ما يترتب عليه من الأثر .

## الفرع الأول

### شروط استحقاق الشرط الجزائي وتكييفه القانوني

٤٧٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« يجوز للمتقاضين أن يعمدا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ، وراعى في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠<sup>(١)</sup> .  
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ١٥٢/٩٨ ، وهي بالرغم مما اشتملت عليه من عيوب ملحوظة في الصياغة لا تختلف في الحكم عن نص

— بحسب النص على التمسيد . وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط الجزائي متى تعلق بالزام معين وجب التنفيذ به وإعماله في حالة الإخلال بهذا الإلزام ، أي كان الوصف الصحيح للعقد الذي نقضته ، مهما كان أو تمهداً من جانب الملتزم بالنص لدى النص لإقرار البيع ، وإذن فإذا كان الحكم ، مع إثباته إخلال الملتزم بما تمهد به بموجب العقد من النص لدى من أدعى الوكالة عنهم لإتمام بيع منزل في حين أنه التزم بصفته ضماناً متضامناً معهم بتنفيذ جميع شروط العقد ، لم يعمل الشرط الجزائي المنصوص عليه في ذلك العقد قولاً بأن العقد في حقيقته لا يمدو أن يكون تمهداً شخصياً بحسب معين من جانب المصهد ، فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٢ ص ١٨٠) . وقد يوضع شرط جزائي في الاشتراط لمصلحة الغير لتقدير التعويض المستحق المشروط في حالة إخلال المصهد بالتزامه نحو المستنفع ، فمثل الشرط الجزائي في هذه الحالة المصلحة المادية المشروط في اشتراطه لمصلحة الغير ، وكان وضع الشرط الجزائي في هذه الحالة (stipulatio poenae) حل هذا النص في القانون لروماني سيلاً لتصحيح الاشتراط لمصلحة الغير ذاته (بلايول وريير وردوان ٧ بقرة ٨٦٧ — دي باج ٣ بقرة ١١٩) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٠١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٣٠ من المشروع النهائي .  
ورفاق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٣ ( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٥٦٩ — ص ٥٧٠ ) .

### التقنين المدني الجديد<sup>(١)</sup>.

وقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٢٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ١٧٠ فقرة أولى ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٢٦ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٦٦ فقرة أولى<sup>(٢)</sup>.

### ٤٧٩ - المميز بشرط الجزائي : ويتبين من النص السالف الذكر أن

الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعويض ، فلا يتولد عنه التزام أصلي بالتعويض ، ولكن يتولد عنه التزام تبعي بتقدير التعويض بمبلغ معين ، وشروط استحقاق هذا الالتزام هي نفس شروط الالتزام الأصلي ، وتكليفه القانوني هو أنه الالتزام تابع لا الالتزام أصلي<sup>(٣)</sup>.

---

(١) وكانت المادة ١٥٢/٩٨ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « إذا كان المهدد نفسه معين مقرر حكمه في القانون أو متفق عليه بين المتعاقدين بأن يكون جزءا للتعهد عند عدم وفائه بشيء متعهد به في الأصل ، كان الخيار للتعهد إليه في طلب وفاء التعهد الأصل أو التعهد الجزائي بعد تكليف التعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً » . وهذا النص يوم أن الشرط الجزائي التزام تخييري ، فدائن أن يطالب به أو أن يطالب بالالتزام الأصل . وهذا خطأ تشريسي (قارن مصر الكلية ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ رقم ١٣) . أما التقنين المختلط (١٥٢م) فقد أضاف العبارة الآتية : « إنما يجوز دائماً للتعهد منع هذا الخيار بقيامه بوفاء التعهد الأصل بتمامه ، ما لم يكن التعهد الجزائي منصوحاً على وجوبه بغير التأخير » . وهذه الإضافة يكون التقنين المختلط أكثر دقة من التقنين الوطني (انظر والتون ٢ ص ٣٩٥ - ص ٣٩٦ - الموجز لمؤلف ص ٤٤٥ هامش رقم ١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٢٤ ( مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني المصري ) - التقنين المدني العراقي م ١٧٠ فقرة أولى ( مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني المصري ) - التقنين المدني للمملكة القبية المتحدة م ٢٢٦ ( مطابقة لنص المادة ٢٢٣ من التقنين المدني المصري ) . تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٦ فقرة أولى : « المتعاقدين أن يمنحوا مقدماً في العقد أوفى صك لاحق ، قيمة بدل البطل والضرر في حالة تخلف المدين من تنفيذ الموجب كله أو بعضه ( والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصري ) . (٣) ومن أجل ذلك لا يجمع الشرط الجزائي من عدم التنفيذ مع التنفيذ المعنى ، ولكن يجمع مع التنفيذ المعنى الشرط الجزائي من التأخر في التنفيذ (بلانيول وريبير ورومان ٧ فقرة ٨٧٥) .

## المبحث الأول

### شروط استحقاق الشرط الجزائي

٤٨٠ - سبب استحقاق التعميضي : قدمنا أن الشرط الجزائي ليس هو السبب في استحقاق التعميضي ، وإنما نشأ التعميضي من مصدر آخر ، يغلب أن يكون عقداً كما مر القول . وعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن هذا العقد هو السبب في استحقاق التعميضي من عدم التنفيذ ، وكذلك تأخر المدين في تنفيذ التزامه العقلي هو السبب في استحقاق التعميضي عن التأخير<sup>(١)</sup> . والشرط الجزائي إنما هو تقدير المتعاقدين مقدماً لكل من التعميذين .

٤٨١ - شروط استحقاق الشرط الجزائي : فشروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس شروط استحقاق التعميضي . وقد قلنا أن شروط استحقاق التعميضي هي وجود خطأ من المدين ، وضرر يصيب الدائن ، وعلاقة سببية ما بين الخطأ والضرر ، وإعذار المدين . فهذه هي أيضاً شروط استحقاق الشرط الجزائي ، وقد أشارت إلى ذلك المادة ٢٢٣ حيث أحالت على المواد ٢١٥ - ٢٢٠ . وهذه المواد بعضها - م ٢١٥ - ٢١٧ - يتناول الشروط الثلاثة الأولى ويدخل في ذلك التعديل الاتفاق لقواعد المسؤولية ، وبعضها - م ٢١٨ - ٢٢٠ - يتناول شرط الإعذار<sup>(٢)</sup> .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في هذا الصدد : « ليس الشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير اتفاق التعميضي الواجب أدائه . فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعميضي ، بل لوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقدي في بعض الصور ، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى . فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للمحك بالتعميضي ، وهي الخطأ والضرر والإعذار (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٢) .

(٢) وكان هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مصر (الوقائع المحضرة) ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ - المحاماة ٧ ص ٢٢١ - ٢٢٠

**٤٨٢ - شرط الخطأ :** فلا يستحق الشرط الجزائي إذن إلا إذا كان هناك خطأ من المدين<sup>(١)</sup> . ولغالب أن يكون هذا الخطأ خطأ عقدياً كما أسلفنا القول . فإذا لم يكن هناك خطأ من المدين<sup>(٢)</sup> . فلا مسئولية في جانبه ، ولا يكون التعويض مستحقاً . ومن ثم لا محل لإعمال الشرط الجزائي ، فإما هو إلا تقدير لتعويض قد استحق ، ولم يستحق التعويض كما قلنا .

**٤٨٣ - شرط الضرر :** ولا يستحق الشرط الجزائي كذلك إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن . ذلك أن الضرر من أركان استحقاق التعويض ، فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقاً ، ولا محل لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة<sup>(٣)</sup> .

ومع وضوح هذا الحكم فإنه غير مسلم به في القانون الفرنسي ، وكان محلاً للتردد في عهد التقنين المدني السابق .

أما في القانون الفرنسي ، فقد نصت المادة ١١٥٢ من التقنين المدني الفرنسي على أنه « إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يتحمل في تنفيذه يدفع مبلغاً معيناً من القود على سبيل التعويض ، فلا يجوز أن يعطى لتعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل<sup>(٤)</sup> » . فذهب القضاء الفرنسي إلى أن الشرط الجزائي يستحق حتى

= استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المجوعة الرسمية ٤٣ رقم ٧ ص ١٦٥ - استئناف غطط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩١ - ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ .

(١) استئناف غطط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ .  
(٢) وقوح خطأ من المدين يترك إلى تقدير محكمة الموضوع بعد استيفاء الشروط التغايرية للخطأ . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نص في العقد على شرط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما ألزم به ، فمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في احكامه مفسراً أو غير مفسر حسبما يراها لما من الأدلة المقدمة ، ولا سلطة لمحكمة النقض عليها في هذا التقدير (نقض ملغى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجوعة عر ١ رقم ١٨ ص ٣٠) . ولذا فإن بالشرط الجزائي هو الذي يقع عليه منه إثبات خطأ المدين (استئناف غطط ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع انتهى في مجوعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(٤) وهذا هو الأصل في نصه الفرنسي :

Art. 1157 Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommage-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.



لو لم يثبت الدائن أن هناك ضرراً أصابه ، فإن اتفاق الطرفين على شرط جزائي، وتقديرها مقدماً لتعويض المستحق، معناه أنها مسلمة بأن إخلال المدين بالتزامه يحدث ضرراً اتفاقاً على المقدار اللازم لتعويضه<sup>(١)</sup>.

أما في مصر في عهد التقنين المدني السابق ، فقد كانت المادة ١٢٣/١٨١ من هذا التقنين تجرى على الوجه الآتي : « إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثره. ومع أنه كان واضحاً أن هذا النص مأخوذ من المادة ١١٥٤ من التقنين المدني الفرنسي سائلة الذكر ، فإن القضاء المصري ظل متردداً ، تقضى بعض أحكامه بعدم اشتراط إثبات الدائن لوقوع ضرر أصابه على غرار القضاء الفرنسي ، وتقضى أحكام أخرى بوجوب إثبات وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية . ثم انقسم الخلاف ، واستقر القضاء المصري على الرأي الثاني وهو المتفق مع القواعد العامة ، وقضت الدوائر المحكمة الاستئناف في كل من القضاياين الوطنى والمختلط بأنه يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي أن يكون هناك ضرر أصاب الدائن<sup>(٢)</sup>.

وجاء التقنين المدني الجديد فنص صراحة على وجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، فتمشى بذلك مع القواعد العامة ، وقن القضاء المصري الوطنى والمختلط على الوجه الذى قدمناه . وهذا هو ما جرت به الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ من هذا التقنين : « لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر . ويلاحظ من هذا النص أن الشرط الجزائي، بالنسبة إلى وقوع الضرر ، لا يخلو من فائدة . فوجود هذا الشرط يجعل الضرر

(١) ويكون الغرض من تشريط الجزائي منع أى جدل يدور حول وقوع الضرر ومقدار تعويضه ( بلانبول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٨ ) .

(٢) كان القضاء الوطنى متردداً في أول الأمر . فبعض الأحكام كانت تقضى بوجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي : استئناف أهل ٢٩ نوفمبر سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٩ ص ٨٥ — ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ الحقوق ٣١ ص ٤٦ — ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ المبيعة الرسمية ١٧ رقم ٢٩ ص ٤٤ — ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ الماماة ٣ ص ٢٠٩ — ١٤ مايو سنة ١٩٢٣ الماماة ٤ ص ٣٣ — ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المبيعة الرسمية ٢٦ ص ١٣ . وكانت أحكام أخرى لا تقتطع إثبات وقوع الضرر : استئناف أهل ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستئناف ٥ —

واقعا في تقدير المتعاقدين ، ولذلك يفترض وقوع الضرر ، ولا يكلف الدائن إثباته . وعلى المدعى أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، أن يثبت ذلك . فعليه إثبات الضرر إذن - أخلاقا للقواعد العامة - ينتقل من الدائن إلى المدعى بفصل وجود الشرط الجزائي <sup>(١)</sup> .

= ص ٢٥٨ - ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦١ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١١ المبيعة الرسمية ١٢ رقم ٦٩ ص ١٢٨ - ٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ٢٣٨ - ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١١٧ . ثم حست محكمة الاستئناف الوطنية في دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، وقضت بوجوب وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ( ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المبيعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ - الهامزة ٧ ص ٣٣١ ) . غير أن محكمة استئناف مصر قضت في حكم لها ، بعد صدور حكم الدوائر المجتمعة ، بأن وقوع الضرر لا يشترط : ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ الهامزة ١٣ رقم ١/٤٢٥ ص ٨٩٠ .

وكان القضاء المخطئ مرددا كذلك . فن الأحكام ما قضت بوجوب وقوع الضرر : استئناف مخطئ أول مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤٥ - ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١١٢ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ - ٦ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٨ - ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٧١ - ومن الأحكام ما قضت بعكس ذلك ولم تشترط وقوع الضرر : استئناف مخطئ ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٩ - ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٧٠ - ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠١ . ثم حست محكمة الاستئناف المخطئة في دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، وقضت بوجوب وقوع الضرر كما فعلت بعد ذلك محكمة الاستئناف الوطنية ( استئناف مخطئ دوائر مجتمعة ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ - انظر أيضا في هذا المعنى : استئناف مخطئ ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٩٢ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٧ ) . وبقى الخلاف هل مع وجود الشرط الجزائي يقع عبء إثبات الضرر على الدائن ( استئناف مخطئ أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٤ - ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٨ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٢١ ) أو ينتقل عبء الإثبات إلى المدعى فيكلف ببن وقوع الضرر ( استئناف مخطئ ١٣ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٦٧ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩١ - ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨١ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٧ : يعتبر سكوت الدائن مدة طويلة قرينة على انتهاء الضرر ) . ويتضح للتفتين الجديد - كما سرى - أن عبء الإثبات ينتقل إلى المدعى ، وهو الذي عليه أن يثبت أن الدائن لم يلحقه ضرراً ( انظر في القضاء المصري في عهد التفتين المدعى السابق المرجع المؤلف ص ٤٤٤ ماضي رقم ١ ) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الطاعن اتفق مع المطعون عليه على أن يحصل من ابنه على إجازة التقه الخاص بإشراكه في إدارة عمل رسا على ابن الطاعن ، كما اتفقا على أنه إذا أخل الطاعن بهذا الالتزام يدفع للمطعون عليه مبلغاً معيناً بصفة تمويش ، وكان مقتضى هذا الشرط الجزائي أن يكون على الطاعن الذي أخل بالتزامه - فحق عليه التصريح - عبء إثبات =

#### ٤٨٤ - شرط معرفة الضحية : ولا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا علمت

علاقة السببية بين الخطأ والضرر . أما إذا انتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبي ، أو انتفت . بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشراً ولكنه غير متوقع ، فعند ذلك لا تتحقق المسؤولية ، ولا يستحق التعويض ، فلا محل إذن لإعمال الشرط الجزائي (١) .

#### ٤٨٥ - شرط الإعذار : والإعذار شرط لاستحقاق الشرط الجزائي ،

في جميع الأحوال التي يجب فيها إعذار المدين . أما في الأحوال التي لا ضرورة فيها للإعذار ، فإنه لا يشترط (٢) . وقد تقدم ذكر كل ذلك تفصيلاً . وما دام التعويض لا يستحق إلا بالإعذار في الأحوال التي يجب فيها ، فإنه إذا لم يتم الدائن بإعذار المدين في هذه الأحوال لم يكن التعويض مستحقاً ، ولا يكون ثمة هناك محل لإعمال الشرط الجزائي (٣) . وقد أشارت المادة ٢٢٣ مدني في استحقاق الشرط

« أن ابنه قد غسق في الصفة وأنه بذلك لا يكون قد أصاب المظنون عليه ضرر نتيجة عدم إشراكه في العمل المذكور ، وكان يبين من الأوراق أن الطامن قصر دفاعه على مجرد القول بأن ابنه غسر في الصفة دون تقديم ما يؤيد ذلك ، فيكون فيما جاء بالحكم ، بناء على الأسباب التي أوردتها ، من عدم التحويل على دفاع الطامن بأنه لم يلحق المظنون عليه ضرر ، الرد الكافي على ما ينشأ به الطامن من أن الحكم لم يتسدد من الضرر ( بنقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠ ص ٥٤ ) .

(١) ومع ذلك يجوز الاتفاق على مخالفة هذا الحكم ، ويكون هذا بمثابة اتفاق على التشديد من المسؤولية وتحصيل المدين ثمة الحادث الفجائي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع المتهدى في هذا الصدد : « فيشترط أولاً توافر الخطأ . ويضرب على ذلك أن الجزاء المشروط لا يجوز استيفاءه متى أصبح الوفاء بالالتزام مستحيلاً من جراء سببه أجنبي لا يهمل المدين فيه ( م ١٦٣ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات السويسري وم ٦٧٧ من التقنين البرتغالي ) . بيد أن الاتفاق على مخالفة هذا الحكم يقع صحيحاً بوصفه اشتراطاً من اشتراطات التشديد من المسؤولية ، بقصد منه إلى تحميل المدين ثمة الحادث الفجائي ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ - ص ٥٧٤ ) .

(٢) استئناف مخطط ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ ( لا ضرورة للإطارة في شرط جزائي لالتزام بالاستمتاع من عمل ) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع المتهدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ - ص ٥٧٥ . وكان هذا هو أيضاً الحكم في عهد التقنين الملغى السابق ( م ٩٨ مدني أعل ) : استئناف أعل ٢ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٢٥ - ٢١ يونيو سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ =

الجزائي إلى وجوب تطبيق النصوص المتعلقة بالإعذار (م ٢١٨ - ٢٢٠ مدني) (٢).  
وقدما أن مجرد وجود شرط جزائي لا يعني من الإعذار ، ولا يعتبر وجود هذا  
الشرط اتفاقاً صريحاً أو غمضياً على إعفاء الدائن من إعذار المدين (٣).

## المبحث الثاني

### التكييف القانوني للشرط الجزائي

٤٨٦ - الالتزام بالشرط الجزائي تابع للالتزام الأصلي: قدما  
أن الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع لا التزام أصيل . أما الالتزام الأصلي  
الذي يتبعه الالتزام بالشرط الجزائي فهو ما التزم به المدين أصلاً بالعقد أو بغيره  
من مصادر الالتزام ، فقد يلتزم بنقل ملكية أو بعمل أو بالامتناع عن عمل ،  
ثم ينشأ مع الدائن على مبلغ معين يقدران به التعويض فيما إذا أخل المدين بالتزامه .  
وترتب على أن الالتزام بالشرط الجزائي التزام تابع أمران : ( أولاً ) أن  
المعبرة هي بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي . ( ثانياً ) بطلان الالتزام الأصلي  
يستتبع بطلان الشرط الجزائي ، أما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان  
الالتزام الأصلي .

٤٨٧ - المعبرة بالالتزام الأصلي بالشرط الجزائي : لا يستطيع  
الدائن أن يطالب المدين إلا بالالتزام الأصلي ما دام تنفيذه ممكناً . كذلك

---

- ص ٤٩ - استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحررة الرسمية ٢٧ رقم ٤٤ ص ٦٧ -  
مصر الكلية الوطنية ١٩ أغسطس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٣٥ - استئناف مخطط  
١١ يونيو سنة ١٨٩٠ م ٢٢ ص ٢٠٧ - ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٤ - ٣٠ مايو  
سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٩٦ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٩ - ٣١ أكتوبر  
سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٩ .

(١) انظر أيضاً المادة ١٢٣٠ من التقنين المدني الفرنسي .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٤٩٦ .

لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصل<sup>(١)</sup>. وإنما يستطيع الدائن أن يطالب بالشرط الجزائي ، ويستطيع المدين أن يعرضه على الدائن ، إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصل مستحيلًا غلطًا للمدين . أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصل مستحيلًا بسبب أجنبي ، فقد انقضى هذا الالتزام ، ولا يجوز عندئذ للدائن المطالبة بالشرط الجزائي ، لأن الشرط الجزائي ليس إلا تقديرًا لتعويض مستحق ، وهذا لا يستحق الدائن تعويضًا ما .

وينبغي على ما تقدم أن الشرط الجزائي - كالتعويض - لا يعتبر التزامًا تخيريًا ولا التزامًا بدليًا . فهو ليس بالتزام تخيري ، لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصل والشرط الجزائي فيطلب تنفيذ أحدهما ، بل هو لا يستطيع أن يطلب إلا تنفيذ الالتزام الأصل ما دام هذا ممكنًا<sup>(٢)</sup>. ولأن المدين هو أيضًا لا يمكنه هذا الخيار ، بل هو لا يستطيع إلا أن يعرض تنفيذ الالتزام الأصل ما أمكنه ذلك . والشرط الجزائي ليس بالتزام بديل ، لأن المدين لا يمكنه أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصل، إذا كان ممكنًا إلى تنفيذ الشرط الجزائي كبديل عن الالتزام الأصل<sup>(٣)</sup>.

(١) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٩ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ٣٤ .

(٢) ومن ذلك نعين عدم دقة المادة ٩٨ من التفتين المدف الرطبي السابق والمادة ١٢٢٨ من التفتين المدف الفرنسي . فالمادة ٩٨ من التفتين المدف الرطبي السابق كانت توهم أن الشرط الجزائي التزام تخيري الخيار فيه الدائن ، وهذا خطأ تشريعي سبقت الإشارة إليه . وقد أسلحت المادة ١٥٢ من التفتين المدف المختلط هذا الخطأ بأن أضافت : « إنما يجوز دائمًا لمتعهده منع هذا الخيار بقباله بوفاء التمتع الأصل بتمامه » ، ما لم يكن التمتع الجزائي متصورًا على وجوبه مجرد التأخر . وقد مر ذكر ذلك (أنظر آنفًا ص ٨٥٤ هامش رقم ١) .

أما المادة ١٢٢٨ من التفتين المدف الفرنسي فتعصّل أنه « يجوز للدائن ، بدلا من مطالبة المدين المعتبر بالشرط الجزائي ، أن يطالب بتنفيذ الالتزام » . وهذا النص يورم أيضًا أن الشرط الجزائي التزام تخيري الخيار فيه الدائن . ولكنه يفسر في فرنسا على الوجه الصحيح ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بالشرط الجزائي إذا عرض المدين تنفيذ الالتزام الأصل ، ولا يجوز للمدين أن يعرض الشرط الجزائي إذا طالب المدين بتنفيذ الالتزام الأصل وكان هذا التنفيذ ممكنًا ، وكل ما يمتنع النص هو أن وجود الشرط الجزائي لا يمنع الدائن من المطالبة بتنفيذ الالتزام الأصل (كولان وكاهيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٦٥) .

(٣) (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧١ هامش رقم ١ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٦٠ -

وإنما الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع للالتزام الأصل ، يبقى بقاءه وينتفىض بانقضاءه ، فإذا ما أصبح تنفيذ الالتزام الأصل مستحيلاً بخطأ المدين ، تغير محل الالتزام الأصل وأصبح تعويضاً تكفل الشرط الجزائي بتقديره .

#### ٤٨٨ - بطوره الالتزام الأصلي يستتبع بطوره الشرط الجزائي

وله عكس : وإذا كان الالتزام الأصلي باطلا ، كان الشرط الجزائي وهو التزام تابع باطلا كذلك . فإذا عقد الالتزام الأصلي غير ذي أهلية أو غير ذي صفة ، أو تعهد شخص بارتكاب جريمة وإلا دفع مبلغاً معيناً كشرط جزائي ، كان كل من الالتزام الأصلي والشرط الجزائي باطلاً<sup>(١)</sup> .

ولكن إذا كان الشرط الجزائي باطلاً ، فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلي باطلاً ، لأن الشرط الجزائي التزام تابع ، فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلي . مثل ذلك أن يشترط الدائن المرتهن ، كشرط جزائي إذا لم يستوف

= فقرة ١٣٦١ - دمج ٦ فقرة ٤٤٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ -  
دي باج ٣ فقرة ١٢٣ .

كذلك لا يمكن اعتبار الالتزام الأصلي ملحقاً على شرط ، بل هو التزام بسيط والالتزام الملحق على شرط هو الالتزام بالشرط الجزائي ، فإنه لا يستحق إلا إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصل مستحيلاً بخطأ المدين ( لارومبيير ٤ المسادة ١٢٢٨ فقرة ٥ - لوران ١٧ فقرة ٤٣١ - هيك ٧ فقرة ٣٧٠ - ديملوسب ٢٦ فقرة ٦٤٨ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧١ هامش رقم ١ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٦٢ - دمج ٦ فقرة ٤٤٥ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ - دي باج ٣ فقرة ١٢٦ ) . وانظر في تكييف الشرط الجزائي مقالاً للأستاذ سيرانوفاشير (Seirano Facio) في الطليحة القانونية لشرط الجزائي في القانون الفرنسي وفي القوانين اللاتينية الأمريكية ( المجلة الدولية للقانون المقارن سنة ١٩٤٩ ص ٣١٥ )

(١) استئناف مخطط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ - وقد يقترح بيع ملك الغير بشرط جزائي ، ولا يميز المالك الحقيقي المقدم فيطلب المشتري البيع ويتقاضى الشرط الجزائي . والسبب في ذلك أن الشرط الجزائي هنا ليس تابعاً لالتزام باطل نشأ عن بيع ملك الغير ، وإلا كان الشرط الجزائي ذاته باطلاً أيضاً ، وإنما هو تابع لالتزام نشأ عن مسئولية البائع المالك غيره ، وهي مسئولية تقصيرية قائمة ، فيقوم معها الشرط الجزائي ( انظر آنفاً فقرة ٧٧ في الهامش . وقارن أوبري ورو ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ هامش رقم ٤ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٢ ص ٢٠٩ ) . وهذا بخلاف ما إذا اقترن عقد صحيح بشرط جزائي ، فيكون الشرط الجزائي تابعاً لالتزام الناشئ من العقد الصحيح ، فإذا فسخ العقد سقط بنفسه الشرط الجزائي ، وسيأتي بيان ذلك .

الذين عند حلوله ، أن يبيع العين المرهونة دون اتباع الإجراءات الواجبة قانوناً أو أن يتملك العين ، ففي هذه الحالة يكون الشرط الجزائي باطلاً دون أن يبطل الالتزام الأصلي<sup>(١)</sup> .

ويقرب على تسمية الشرط الجزائي أيضاً أن الدائن إذا اختار ، عند إخلال المدين بالتزامه الأصلي ، فسخ العقد بدلا من المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي ، سقط الالتزام الأصلي بمجرد فسخ العقد ، وسقط معه الشرط الجزائي لأنه تابع له ،

(١) وقد نصت المادة ١٢٢٧ من التفتين المدني الفرنسي على أن « بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بطلان الشرط الجزائي ، أما بطلان الشرط الجزائي فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي » . وأنظر حك ٧ فقرة ٣٦٨ - لوران ١٧ فقرة ٤٢٨ - أوبري ودره ٤ فقرة ٣٠٩ ص ١٧٢ - بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٥٧ - ديموج ٦ فقرة ٤٦١ - فقرة ٤٦٢ .

وجاء في الموجز للمؤلف في هذا الصدد : « إذا كان الالتزام الأصلي باطلاً ، كان الشرط الجزائي وهو التزام تبعي باطلاً مثله . مثل ذلك أن يتعهد شخص بالإطلاق زوجته حتى لو خانت = الإمانة الزوجية ، وإلا دفع لها مبلغاً معيناً على سبيل التصويض . هذا الشرط الجزائي باطل ، لأنه تابع لتعهد باطل يخالفه لنظام العام وللأداب ( انظر استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٤ ) ولكن لروجة شرعاً أن تشترط على زوجها تطبيق شرطها ، كما لمسا أن تشترط عليه ألا يتزوج عليها ، وإلا طلقته منه واستحققت تصويضاً ، وليس المحكمة أن تمتنع عن التصديق على التصويض المقرر إلا إذا ثبت أنه جائز وغير مقبول وغير محتسب بالمره مع الضرر الذي سببه الطلاق ( شين الكوم ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ ص ٥٤٠ ) . ولكن إذا كان الشرط الجزائي باطلاً ، فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلي باطلاً ، لأن الشرط الجزائي التزام تابع مغفل يتعلق به مصير الالتزام الأصلي . مثل ذلك أن يتعهد مثل بالآ يظهر على مسرح معين ، وإلا التزم بأن يبيت في مكان مقفل طول حياته . الشرط الجزائي في هذا القرض باطل لخالفته لنظام العام إذ هو قيد خطير على الحرية الشخصية ، ولكن الالتزام الأصلي صحيح ، فيبقى الممثل ملزماً بالآ يظهر على هذا المسرح المعين ، فإن فعل كان مستولاً عن التصريض ، وتولى القاضى تقديره . ويمكن في هذه المناسبة أن نميز بين الشرط الجزائي والالتزام الشرطي . فلو حوينا الممثل المتقدم وجبناه التزاماً شرطياً ، بأن يتعهد الممثل في الأصل أن يبيت في مكان مقفل طول حياته إذا ظهر على مسرح معين ، فإن الالتزام الأصلي هنا يكون إقامة الممثل في مكان مقفل طول حياته ، وهذا الالتزام معلق على شرط ظهوره على مسرح معين . ولما كان الالتزام الأصلي باطلاً ، فالشرط باطل كذلك ، ويكون الممثل غير ملزم ، في هذا القرض المهور وهو غرض الالتزام الشرطي ، بالامتناع عن الظهور على مسرح معين ، وهو ملزم بهذا الامتناع في القرض الآخر وهو غرض الشرط الجزائي . على أننا نرى أن تكييف الالتزام بأنه التزام شرطي أو بأنه شرط جزائي ينظر فيه إلى نية المتعاقدين ؛ ولا شيء يمنع القاضى ، حتى به التصوير المتقدم ، من تكييف الالتزام بأنه شرط جزائي » ( الموجز للمؤلف فقرة ٤٤٩ ص ٤٤٥ - ٤٤٦ ) .

قارب أيضاً أدى باج ٣ فقرة ١٢٦ ، وقانون بودري وبارد ٢ فقرة ١٣٦٢ .

ويطالب الدائن في هذه الحالة بالتعويضات التي يقدرها القاضى وفقاً للقواعد العامة التي تقدم ذكرها ، ولا يطالب بالتعويض المقدّر في الشرط الجزائى<sup>(١)</sup> .

٤٨٩ - تمييز الشرط الجزائى عما يشته به من أوضاع : ويتبين من تكييف الشرط الجزائى على النحو الذى قدمناه أن هذا الشرط قد يشته بأوضاع قانونية أخرى ، وبخاصة يشته بالعربون وبالتهديد المالى ، فيجب تمييزه عما يشته به .

٤٩٠ - تمييز الشرط الجزائى عن العربونه : إذا كانت دلالة العربون هو جواز العدول عن العقد ، فإنه يجوز لكل من المتعاقدين أن يرجع في العقد بعد إبرامه لقاء دفع مبلغ العربون ، فيشته العربون بالشرط الجزائى ، وقد يحمل على أنه شرط جزائى لتقدير التعويض في حالة العدول عن العقد<sup>(٢)</sup> . ولكن الفرق كبير بين العربون والشرط الجزائى ، ويظهر هذا الفرق من الوجوه الآتية :

(١) العربون هو المقابل لحق العدول عن العقد ، فمن أراد من المتعاقدين أن يعدل عن العقد كان له ذلك في مقابل دفع العربون ، أما الشرط الجزائى فتقدير لتعويض عن ضرر قد وقع . ويترب على ذلك أن الالتزام بدفع العربون قائم حتى لو لم يترتب على العدول عن العقد أى ضرر ، أما الشرط الجزائى فلا يستحق إلا إذا وقع ضرر للدائن كما قدمنا<sup>(٣)</sup> .

(١) كذلك جميع الأوصاف التي تلحق الالتزام الأصل ، من شرط وأجل وتضامن ونحو ذلك ، تلحق بالالتزام الشرط الجزائى ، فيصير هذا الشرط موصوفاً وصف الالتزام الأصل (لوران ١٧ فقرة ٤٤٦ - هيك ٧ فقرة ٢٧٢ - بودرى وبارد ٢ فقرة ١٣٤٨ - بلانيول وديبير ودودان ٧ فقرة ٨٧٢ ص ٢٠٦ - دي باج ٣ فقرة ١٢١ مكررة ثالثاً - قارن ديموج ٦ فقرة ٤٧١)

(٢) أنظر ديموج ٦ فقرة ٤٥٠ - وقد نفتت محكمة النقض بأن اشتراط جزاء عند عدم قيام المقصد بما ألزم به جائز في كل مشاركة ، سواء أكانت يميناً أم معاوضة أم إجازة أم أى عقد آخر ، والعربون هذا المبنى ليس خاصاً بعقود البيع وحدها (نقض مدنى ١٧ ديسمبر ١٩٣١ مجوعة ص ١ ص ٣٠) .

(٣) استئناف مخطوط ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٢ - أول فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٢ .



(٢) العريون لا يجوز تخفيضه ، سواء كان الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر من جراء العدول عن العقد مناسباً للعريون أو غير مناسب ، بل إنه يجب دفع مبلغ العريون كما هو حتى لو لم يلحق هذا الطرف الآخر أى ضرر من العدول عن العقد كما قلنا . أما الشرط الجزائي فيجوز تخفيضه حتى يتناسب مع الضرر ، وسيأتي القول في ذلك .

(٣) يمكن تكييف العريون بأنه البذل في التزام يبدل . ففي البيع مع العريون مثلاً ، يلتزم المشتري التزاماً أصلياً بدفع الثمن في مقابل أخذ المبيع ، وله إذا شاء أن يبدل عن هذا المحل الأصلي - دفع الثمن في مقابل أخذ المبيع - إلى محل يبدل هو دفع مبلغ العريون في غير مقابل . أما الشرط الجزائي فتكييفه القانوني هو تكييف التعويض كما قلنا : لا هو بالالتزام تخييرى ولا هو بالالتزام يبدل . ومن ثم لا يكون المدين حراً - بخلاف المشتري في المثل المتقدم - في العدول عن تنفيذ التزامه الأصلي إذا كان هذا التنفيذ ممكناً إلى تنفيذ الشرط الجزائي ، بل يتعين عليه أن يقوم بتنفيذ التزامه الأصلي إذا طلب إليه الدائن ذلك<sup>(١)</sup> .

وينبغي - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كانا قد أرادا بالعريون تحديد قيمة جزافية لا يجوز الانتقاص منها ، أو تقدير تعويض اتفاق يجوز انتقاصه ، لاسيما إذا كان الجزاء المشروط فادحاً<sup>(٢)</sup> .

٤٩١ - تمييز الشرط الجزائي عن التهديد المالى : ونستطيع مما قدمناه عن كل من التهديد المالى والشرط الجزائي أن نميز بينهما من الوجوه الآتية :

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ - وأنظر في الفروق ما بين العريون والشرط الجزائي الوسيط الجزء الأول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٣ - ص ٢٦٤ وص ٢٦٤ عاشر رقم ١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٥ - وقد قست محكمة النقض بأن استظهار نية المتعاقدين من ظروف الدعوى وقائلها بما يدخل في سلطة قاضي الموضوع ، ولا رقابة محكمة النقض عليه فيه . فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى والمحالما أن المتعاقدين قصدوا به أن يكون البيع يماً تاماً متجزاً بشرط جزائه ، ولم يقصدا أن يكون يماً مبريئاً أو يماً مطلقاً على شرط فاسخ ( نفس مدني ٥ يناير سنة ١٩٢٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٦ ص ١٦٢ ) . ( ٥٥ الوسيط - ٢٤ )

(١) التهديد المالى بحكم به القاضى ، أما الشرط الجزائى فيقتضى عليه اللاتاق والمدين .

(٢) والتهديد المالى تحكى لا يقاس بمقياس الضرر ، وإنما يقصد به التغلب على عناد المدين ، فينظر إلى مولده المالية وقدرته على مقاومة الضغط . أما الشرط الجزائى فالأصل فيه أن يقاس بمقياس الضرر .

(٣) والتهديد المالى حكم وقعى تهديدى ، فهو لا يقبل التنفيذ إلا إذا حول من غرامة تهديدية إلى تعويض نهائى كما سبق القول . أما الشرط الجزائى فليس بوقعى ولا تهديدى ، وإنما هو اتفاق نهائى قابل للتنفيذ على حاله . وإذا جاز تخفيض الشرط الجزائى للمبالغة فى التقدير كما سنرى ، فالأصل فيه عدم التخفيض . أما التهديد المالى فالأصل فيه التخفيض ، لأنه يكون عادة أزيد بكثير من الضرر الحقيقى ، فيغلب تخفيضه عند تحويله إلى تعويض نهائى .

(٤) وليس التهديد المالى إلا وسيلة غير مباشرة للتنفيذ المعنى ، أما الشرط الجزائى فعل العكس من ذلك يتصل بالتعويض لا بالتنفيذ المعنى .

(٥) والتهديد المالى يقدر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يحل فيها المدين بالتزامه . أما الشرط الجزائى فلا يقدر على هذا النحو إلا إذا كان تعويضاً عن تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ، فإذا كان تعويضاً عن عدم التنفيذ فانه يقدر عادة مبلغاً مقطوعاً (forfaitaire) .

على أن الشبهة تزيد إذا كان الشرط الجزائى يقدر التعويض عن التأخر فى التنفيذ . فقد يدق التمييز بينه وبين التهديد المالى إذا ما حكم القاضى على مقاول تأخر فى تسليم العمل بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه ، أو اتفق المتعاقدان مقدماً على أن يدفع المقاول مبلغاً كبيراً - يقرب من الغرامة التهديدية - عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن تسليم العمل . فى الحالتين يبدو أن المبلغ المقدّر إنما وضع التهديد أكثر مما وضع للتعويض عن ضرر . وفى الحالتين يخفض القاضى هذا المبلغ المقدّر : فى الغرامة التهديدية عندما يحولها إلى تعويض نهائى ، وفى الشرط الجزائى عندما يرى أن تقدير الطرفين كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة كالم سنرى . ولكن الذى يميز بين الوضعين فى مثل هذه الأحوال أن الغرامة التهديدية

حكم يصدر من القاضي ، أما الشرط الجزائي فالتفاهل يتم مقدماً بين الطرفين (١)

## الفرع الثاني

ما يترتب على الشرط الجزائي من الأثر

٤٩٢ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٢٤ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - لا يكون التمويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه

أي ضرر .

(١) وهناك أوضاع أخرى تلتبس بالشرط الجزائي :

من ذلك الشرط الذي يضع حداً أقصى لمقدار المسؤولية (clause de maximum) ، فقد يتفق الطرفان على حد أقصى لمقدار مسؤولية المدين لا تتصح بمجاوزه ، فتشترط مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد مثلاً ألا يتجاوز مسؤوليتها مبلغاً معيناً في ضياع « طرد » أو رسالة ، فإذا زاد الضرر على هذا المبلغ المعين لم تدفع المصلحة إلا هذا المبلغ ، وإن قل عنه نزل التمويض إلى مقدار الضرر الفعلي . أما في الشرط الجزائي ، فلا ينزل التمويض عن المبلغ المقدّر ، حتى لو كان الضرر أقل ، إلا إذا تبين أن التهديد كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ( انظر في هذه المسألة دمجوج ٦ فقرة ٤٤٧ — بلانويول وديجير ووردوان ٧ فقرة ٨٧٦ — بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٩٠ ) . ومن ذلك ما يتفق عليه المتعاقدان من شروط لتسديد الخبز أو الأجرة أو المقابل بوجه عام . فإذا اتفق المقابل مع رب العمل على ميعاد معين إذا سلم العمل قبله زيد في أجره بنسبة معينة ، أو سلم العمل بعده نقص أجره بنسبة معينة ، كان هذا الاتفاق تعديداً للأجر لا شرطاً جزائياً ( دمجوج ٦ فقرة ٤٤٦ ) . وإذا اشترط في عقد إيجار الألبان أنه « في حالة زراعة القطن مكرراً يزداد الإيجار المستحق بما يوازي الإيجار الأصل عن القدر الذي يزدح غطاً مكرراً » ، ورأت المحكمة أن هذا الشرط ليس شرطاً جزائياً يستلزم القضاء به التحقق من أن المؤجر قد لحقه ضرر بسبب مخالفته عقد الإيجار ، وإنما هو اتفاق على مضاعفة الأجر في حالة معينة ، وهي تكرار زراعة القطن في الجزء الواحد من الأرض المؤجرة سنتين متوالتين ، ثم أضيف على هذا لاحتمار حكمه ، وهو القضاء بالأجرة المضاعفة طبقاً لقدر الإيجار ، فلا تقبل المناقشة في ذلك لدى محكمة النقض مادام التفسير الذي أعطيت به المحكمة متفقاً تمام الاتفاق مع مدلول عبارة العقد ( نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجسومة عمر ٤ رقم ٢٨ ص ٥٨ ) . وإذا رضي الدائن أن ينزل من جزئه من الدين إذا واطب المدين على دفع الأقساط في مواعيدها المحددة ، فإن اتفاقه مع المدين على ذلك لا يتضمن اتفاقاً على شرط جزائي . ( استئناف مخطط ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ ص ٥٣٢ ) .

- ٢ - ويجوز للقاضي أن يخفف هذا التصويص إذا أثبت المدعي أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصل قد نفذ في جزء منه .  
٣ - ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين .  
وتنص المادة ٢٢٥ على ما يأتي :

« إذا جاوز الضرر قيمة التصويص الاتفاقى ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدعي قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً »<sup>(١)</sup>.  
وتقابل هذه النصوص في الفئتين المنفى السابق المادة ١٢٣/١٨١<sup>(٢)</sup>.

---

« وقد يلتبس الشرط الجزائي بالصلح وبالتجديد ، وتقول المذكرة الإيضاحية المشرع التمهيدى في هذا الصدد : « وليس يبق بعد ذلك سوى أمر التفريق بين الشرط الجزائي وبين ما قد يشبهه به من أوضاع . فهو يقوم على تحديد مقدار التصويص الواجب أدائه مقدماً قبل استحقاقه ، سواء أدرج في صلب العقد أو ذكر في اتفاق لاحق . وهو بهذا يفترق عن الصلح أو التجديد ، إذ يتخذ كلاماً بعد أن يصنع التصويص مستحقاً ، إما لحسم نزاع بشأن تقدير هذا التصويص ، وإما للاستعانة منه بدين جديد » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٥ ) .

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٢٢٤ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في الفئتين الجديد ، فيما عدا عبارة « أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة » الواردة في الفقرة الثانية ، فقد كانت في المشروع التمهيدى : « أن التقدير كان فادحاً » . وأقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدى وأصبح رقم المادة ٢٣١ من المشروع النهائي . ووالى عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة » بعبارة « أن التقدير كان فادحاً » ، لأن كلمة « فادحاً » تعيد أن التقدير غير ممكن تحمله مع أن المقصود هو أن التقدير غير متناسب ، فتكون العبارة الأولى أقرب إلى الإيضاح عن المقصود ، وأصبح رقم المسادة ٢٢٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧١ - ص ٥٧٢ ) .

م ٢٢٥ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في الفئتين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٢٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٥ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ و ص ٥٧٥ ) .

(٢) وقد كانت المادة ١٢٣/١٨١ من الفئتين المنفى السابق تهمي على الوجه الآتي : « إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون ، فلا يجوز للحكم بأقل منه ولا بأكثر » . ( هذا والتضمين المصرح به في القانون - كما ورد في النص - هو فوائده المأخوذة من الوفاء ببلغ من التفرود ، وهو لا يدخل في الشرط الجزائي ) .

وتقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى ، في التفتين المدني السوري  
المادتين ٢٢٥ - ٢٢٦ ، وفي التفتين المدني العراقي المادة ١٧٠ الفقرتين الثانية  
والثالثة ، وفي التفتين المدني الليبي المادتين ٢٢٧ - ٢٢٨ ، وفي تفتين اللوجيات  
والعقود اللبناني المادتين ٢٦٦ ( فقرة ٢ و ٣ ) و ٢٦٧<sup>(١)</sup> .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٢٢٥ - ٢٢٦ (مطابقتان  
لنص المادتين ٢٢٤ - ٢٢٥ من التفتين المدني المصري) .  
التفتين المدني العراقي م ١٧٠ ( فقرة ٢ و ٣ ) ( مطابقة لنص المادتين ٢٢٤ - ٢٢٥ من  
التفتين المدني المصري فيما عدا كلمة « فادسا » بدلا من « صارة » مبالغا فيه إلى درجة  
كبيرة » ) .  
التفتين المدني للمملكة العربية المتحدة م ٢٢٧ - ٢٢٨ ( مطابقتان لنص المادتين ٢٢٤ -  
٢٢٥ من التفتين المدني المصري ) .

تفتين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٦٦ ( فقرة ٣ و ٢ ) : ولقد وضع البند الجزائي  
لتعويض الدائن من الأضرار التي تلحق به من عدم تنفيذ الموجب . فلا يحق له أن يطالب بالأصل  
والفراسة معا ، إلا إذا كان البند الجزائي قد وضع لغرد التأخير أو حل سبيل إكراه المدينون حل  
الإيفاء . ويحق للقاضي أن يخفف غرامة الإكراه إذا وجدها فاحشة . ولقاضي أن ينقص البند  
المعين في البند الجزائي إذا كان قد نفذ قسم من الموجب الأصل . ( وهذه الأحكام تنطبق مع  
أحكام التفتين المصري ) .  
م ٢٦٧ : إن البند الجزائي صحيح مسمول به وإن كان موازيا في الواقع لبند نافذ فحقة .  
ولما تستثنى حالة المداع الذي يرتكب المدينون . ( وهذا الحكم مسمول به دون نص في التفتين  
المدني المصري ) .

ويلاحظ أن التفتين اللبناني لم يعرض لمبدأ اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، مع أنه  
نص على تخفيض الشرط الجزائي ( في صورة غرامة الإكراه ) إذا وجده القاضي فاحشا .  
ويقول الدكتور صبيح المحمصاني في هذا الصدد ما يأتي : « إما بخصوص الضرر ، فإن قانون  
الموجبات اللبناني لم يذكر شيئا عنه ، ولكن اجتهد القضاء ( قرار محكمة الاستئناف الخاصة  
بتوجيه الاجتهاد الصادر في ١٢ تشرين الأول سنة ١٩٤٥ عدد ١٦ وقرار الفرقة الأولى من  
محكمة استئناف بيروت الصادر في ١٩ أيار سنة ١٩٥٣ عدد ٦٧٢ للنشرة القضائية اللبنانية ١٩٥٣  
ص ٥٣٧ ) سار وفقاً للاجتهاد الفرنسي على إعفاء الدائن من إثبات حقيقة الضرر ومقداره ،  
على اعتبار أن الغاية من تعيين التعويض مقدما هي تحديد التعويض بوجه مقطوع قاطع النزاع ،  
ومانع مبدئي من سباح الدعوى بالزيادة أو النقصان » . هذا ويصعب التوفيق ، في تفتين كالتفتين  
اللبناني يبيع لقاضي تخفيض الشرط الجزائي ( ولو في صورة غرامة الإكراه ) إذا وجده فاحشا ،  
بين هذا المبدأ ومبدأ عدم اشتراط الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ، فإنه إذا جاز تخفيض الشرط  
الجزائي حتى يجعل متناسبا مع الضرر ، فأول ما يستحق أصلا إذا كان الضرر غير موجود .  
والقضاء الفرنسي لا يقع في هذا التعارض ، فهو لا يشترط إثبات الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي ،  
ولكنه في الوقت ذاته لا يبيح تخفيض هذا الشرط ليكون متناسبا مع الضرر .

ونعى من نصوص التفتين المدنى المصرى صائفة الذكر أنه متى وجد الشرط الجزائى على التحويل بطلناه ، وأصبح مستحقاً ، لم يبق إلا القضاء به على المدين ، فانه تعويض مقدر ارتضاء مقلداً ، فالحكم عليه به حكم بما ارتضاء على نفسه . ولكن الشرط الجزائى لا يستحق إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ، وقد مر القول فى ذلك . يبقى بعد هذا أن الشرط الجزائى — كما نقول للمادتان ٢٢٤-٢٢٥ من التفتين المدنى — قابل للتخفيض وقابل للزيادة . فنبحث متى يجوز تخفيضه ، ومتى يجوز زيادته

## المبحث الأول

### متى يجوز تخفيض الشرط الجزائى

٤٩٣ — حالته : يتبين من نص الفقرة الثانية للمادة ٢٢٤ أنه يجوز للقاضى أن يخفف الشرط الجزائى فى حالتين : (أولاهما) إذا نفل المدين الالتزام الأصل فى جزء منه . (والثانية) إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض فى الشرط الجزائى كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة .

٤٩٤ — تخفيض الالتزام الأصل فى جزء منه : يوضع الشرط الجزائى عادة لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلاً ، فإذا كان المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزامه ، فإن القاضى يكون قد احتزم لإرادة المتعاقدين إذا خفض الشرط الجزائى بنسبة ما نفل المدين من التزامه <sup>(١)</sup> . ويعتبر الأساس هو المبلغ

(١) استئناف أصل ٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ المبحورة لرسية ١٤ رقم ١٨ ص ٢٣ — استئناف مخطط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٢ — ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٤ — ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٧ — أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠ — ولقون ٢ ص ٤٠٦ — ٤٠٨ .

ويطلق فى هذا الحكم كل من التفتين المدنى الجديد بنص صريح ، والتفتين المدنى السابق بالتطبيق لقواعد العامة ، والتفتين المدنى الفرنسى إذ نصت المادة ١٢٣١ من هذا التفتين على أن الشرط الجزائى يجوز للقاضى تبديله إذا نفل الالتزام الأصل فى جزء منه . وانظر أيضاً الملائكة الإنشائية للسروج التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ . ثم أنظر : نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦ .

المقدر في الشرط الجزائي ، فيخفض هذا المبلغ إلى النسبة التي تنقص مع الجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام الأصلي<sup>(١)</sup> . ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزائي على المدين .

وقد يحق الطرفان على استحقاق الشرط الجزائي إذا لم ينفذ المدين الالتزام الأصلي تنفيذاً سليماً، سواء كان ذلك بأن لم ينفذه أصلاً أو نقله تنفيذاً مميماً. وفي هذه الحالة يستحق الشرط الجزائي كله إذا كان هناك عيب في التنفيذ، نزولاً على اتفاق الطرفين<sup>(٢)</sup> . ولكن إذا كان هذا العيب غير جسيم بحيث يكون الشرط الجزائي ، كتعويض عنه ، مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، جاز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد المناسب كما سئرى<sup>(٣)</sup>

#### ٤٩٥- تقرير التعويض في الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى درجة

كبيرة : وهنا نفرض أن المدين لم يتم بتنفيذ التزامه أصلاً ، أو تأخر في التنفيذ مدة استحق من أجلها التعويض المقدر في الشرط الجزائي ، فلا يوجد إذن سبب محارجي لتخفيض الشرط الجزائي كما كان الأمر في حالة التنفيذ الجزئي التي سبق ذكرها . فهل يجوز مع ذلك الخروج على الاتفاق وتخفيض الشرط الجزائي ؟ رأينا أن التفتين المدني الفرنسي (١٩٥٢) يقضي بأنه إذا ذكر في الاتفاق أن الطرف الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغاً معيناً من النقود على سبيل التعويض ،

(١) ويطلق القضاء المصري هذا الحكم على الشرط الجزائي للقاضي، عند تأخر المدين في دفع الأقساط المستحقة ، بفسخ العقد واعتبار ماسبق دفعه من الأقساط حقاً لدائن ، فيعتبر أن هناك تنفيذاً جزئياً للعقد يستوجب تخفيض الشرط الجزائي ( استئناف مخطط ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٤ - ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٠٧ - أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠ ) . ويؤخذ على هذا التطبيق أن الشرط الجزائي إنما اشترط هنا لعدم التنفيذ الجزئي لا لعدم التنفيذ الكلي ، وأن التخفيض إنما يجوز في هذه الحالة إذا كان الشرط الجزائي يسمح مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة بالنسبة إلى ما لم يتم تنفيذه من الالتزام .

(٢) قارب استئناف مخطط ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٩ - ولكن إذا وضع الشرط الجزائي لتأخر المدين في التنفيذ ، فإنه يصبح غير ذي موضوع إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه أصلاً ( استئناف مخطط ١٢ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٦٢ ) .

(٣) أما في القانون الفرنسي فلا يجوز التخفيض حتى في هذه الحالة ( قارب بودوي وبارد ٢ فقرة ١٣٥١ - ديموج ٩ فقرة ٤٨٩ ص ٥٢٣ - بلاتيرك وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٧٠ ) .

فلا يجوز أن يسأل التعويض الطرف الآخر مبلغ أكثر أو أقل . وقد طبق القضاء الفرنسي هذا النص تطبيقاً دقيقاً ، فهو لا يميز تخفيض الشرط الجزائي أبداً كان تقدير التعويض ولو ثبت أنه مبالغ فيه إلى درجة كبيرة . ويبرر القضاء الفرنسي هذا الموقف بأن الفائدة المتوخاة من الشرط الجزائي إنما هي قطع السبيل على المدين في الحاجة والجدل في مقدار التعويض المستحق ، فقد اتفق مقدماً مع الدائن على تقديره ، فلا محل لإعادة النظر فيما تم الاتفاق عليه . وقد قدمنا أن القضاء الفرنسي يذهب إلى أبعد من ذلك ، فلا يشترط في استحقاق الشرط الجزائي إثبات ضرر يلحق الدائن ، فوجود الشرط الجزائي يفترض أن هذا الضرر قد وقع فعلاً ، ولا يجوز إثبات عكس ذلك <sup>(١)</sup> . وغنى عن البيان أن الالتزام الأصلي إذا كان مبلغاً من النقود ، وكان الشرط الجزائي خاصاً بالتعويض عن تأخر المدين في الوفاء بهذا الالتزام ، واتفق المتعاقدان على فوائد أكثر من الحد الأقصى الذي يسمح به القانون ، فإنه يجب في هذه الحالة تخفيض الشرط الجزائي وإزالة الفوائد إلى الحد المسموح به <sup>(٢)</sup> .

وفي عهد التقنين المدني المصري السابق كان القضاء المختلط يذهب هو أيضاً ، كالقضاء الفرنسي ، إلى عدم جواز تخفيض الشرط الجزائي ولو بدا أن التقدير المنطوق عليه في هذا الشرط مبالغ فيه إلى درجة كبيرة <sup>(٣)</sup> ، وقد كان نص التقنين السابق صريحاً في هذا المعنى كنص التقنين الفرنسي ، فقد رأينا أن المادة ١٨١/١٢٣

(١) وقد كان القانون الفرنسي القديم يميز تخفيض الشرط الجزائي (بوتيه في الالتزامات ، ٣٤٥) ، ولكن التقنين المفق الفرنسي عدل ، بعد تردد أثناء مناقشة مشروع هذا التقنين في مجلس الدولة ، عن تقاليد القانون الفرنسي القديم ، ولم يميز التخفيض حتى يصل الشرط الجزائي بمحقق الفرض المتوخى منه (بودي وبارد ١ ، ٤٩٠ — بلانيول وريبير وردوان ٧ ، ٨٦٩ ص ٢٠٢ — ص ٢٠٣) .

(٢) وهذا الحكم واجب التطبيق في مصر وفي فرنسا على حد سواء (استئناف مخطط ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٤ — أوبري ورو ٤ ، ٣٠٩ ص ١٧٤ — بودي وبارد ٢ ، ١٣٥٢ — ديموج ٦ ، ٤٥٦ ص ٤٩٢ — بلانيول وريبير وردوان ٧ ، ٨٨٢ ص ٢٠٢ — بيدان ولاجارد ٨ ، ٥٩٢ ص ٥٩٢ — جوسران ٢ ، ١٤٢) .

(٣) استئناف مخطط ٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠٨ — مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٦ — ١٩ مارس سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ١٣٥ ص ٢٨٧ — ومع ذلك انظر العكس: استئناف مخطط ٦ يونيو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٧٥ .



كانت تقضى بأنه «إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون ، فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثره . وقد استقر القضاء المختلط على هذا الرأي مذ قضت به محكمة الاستئناف المختلطة في دوائرها المجتمعة» (١) . أما القضاء الوطني فإنه ، بعد تردد وتضارب في الأحكام ، استقر على جواز تخفيض الشرط الجزائي إذا اتضح أن تقدير التعويض في هذا الشرط كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، وذلك بالرغم من صراحة نص المادة ١٢٣ من التقنين المدني الوطني (٢) .

(١) استئناف مختلط (الدوائر المجتمعة) ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٥ - استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٤٦٧ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٦ ص ٧٥ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٢ ص ٥٣ - ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨١ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٥٦ ص ٢٣ - ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٩ .

(٢) وقد كانت بعض أحكام القضاء الوطني تقضى بأن المادة ١٢٣ صريحة في وجوب القضاء بالشرط الجزائي مل وجه الإطلاق ، فليس للمحاكم أن تحكم بأقل من أو أكثر ( استئناف أصل ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المحقوق ٢٥ ص ٦١ - ٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ المحقوق ٢٩ ص ٢٢٨ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٩٥ ص ١٤٩ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١٣ ) - وتقضى أحكام أخرى بأنه إذا تبين للمحكمة أن الشرط الجزائي المنصوص عنه في العقد مبالغ فيه ، فلها أن تعتبره شرطاً تهديدياً لا يلتزم إليه ، وأن ترجح في تقدير الضرر ، إن وجد ، إلى القواعد العامة ( استئناف أصل ٤ ديسمبر سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٨ ص ٣٣ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٣ ص ٩١ ) . ثم حسمت محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة هذا الخلاف ، فقضت بأنه إذا ثبت لدى القاضي أن مقدار الشرط الجزائي جائز وغير مقبول وغير متناسب مع الضرر الذي حصل فعلاً لمتهمه إليه ، وبعبارة أخرى إذا تبين له أن الشرط الجزائي إنما هو في الواقع ونفس الأمر شرط تهديدي ليس إلا - وهذا أمر واقعي محض وخاص بكل قضية على حدها - فإن له في مثل هذه الحالة فقط أن يتنعم من التصديق على هذا التعويض الجائر ، وأن يقدره هو حسب ما يظهر له من ظروف وقائع الدعوى ( ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٥٣ - الحامدة ٧ ص ٣٣١ - انظر أيضاً : استئناف مصر ٨ يناير سنة ١٩٢٣ الحامدة ١٣ ص ١١١٨ ) . وبالرغم من حكم الدوائر المجتمعة صدر سكان بعد ذلك من محكمة استئناف مصر في يوم واحد حدث فيها من هذا المبدأ ، فقضت بأن القانون أباح للشرط الجزائي لسائتين : الأولى إقفال باب المنازعة في أهمية الضرر ، والثانية إعطاء الدائن من إثبات تحقق الضرر . فاتفق الطرفان على التعويض ومقداره عند وقوع عاقبة يتسبب إقراراً بالضرر ، ويجب الأخذ بما تكون في الاتفاق لأنه ارتباط قانوني له قوته ، وهو شريعة المتعاقدين يقوم مقام القانون في بيان حقوق كل منهما وإيجاباته ( ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٢ الحامدة ١٣ ص ٣٥ ) ، وبأن الاتفاق على تحديد مقدار التعويض في العقد في حالة عدم تنفيذه =

وقد جاء التفتين المدني الجديد مقتناً للقضاء الوطني في هذه المسألة ، فعلا : من نص المادة ١٢٣/١٨١ من التفتين المدني السابق بأن نص في الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ ، كما رأينا ، على أنه «يجوز للقاضي أن يخفف هذا التعويض إذا أثبت المدين أن الضرر كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة»<sup>(١)</sup>. والتفتين المدني الجديد ، في هذا الحكم الذي أورده من جواز تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة ، لا يقتن القضاء الوطني فحسب ، بل هو أيضاً يجارى زعمات التفتينات الحديثة ، فإن التفتين المدني الألماني (م ٣٤٠ و ٣٤٣) وتفتين الالتزامات السويسري (م ١٦١ و ١٦٣) والتفتين المدني الإيطالي الحديث (م ١٣٨٤) تجيز كلها تعديل الشرط الجزائي نقصاً أو زيادة . وقد برزت محكمة الاستئناف الوطنية في دوائرها الممتعة هذا الحكم بأن الشرط الجزائي ، إذا كان مبالغا فيه ، يكون الطرفان على علم بهذه المبالغة ، بل يكونان قد قصدا إلها وجعلا الشرط الجزائي شرطاً تهليدياً لحصل المدين على عدم الإخلال بالتزامه . ومؤدى ذلك أن الشرط الجزائي البالغ فيه يتطوى في الواقع من الأمر على عقوبة فرضها الدائن

«التمهيد معناه التسليم فلا من المتصلين وأنها يظن أن عدم التنبه يرتب عليه ضرر حتماً وأن هذا الضرر يقدر بالمبلغ المطلق عليه ، لأنه لا يمكن الانتقال فتكلم من مقدار التعويض إلا بعد الفراغ من مسألة استحقاقه وإصدارها مقطوعاً بها ، فلا يقبل بعد ذلك من المدين مطالبة المائل بإثبات حصول الضرر ولا قيامه هو بإثبات عدم حصوله ، كما لا تقبل منه المناقشة في المقدار التعويض (٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ المحللة ١٢ ص ٨٦٠ — وانظر أيضاً الموزع لولف ص ٤٤٨ حاشي رقم ٣) . ولكن محكمة النقض أبدت قضاء هو الرافضة في حكم ما صدر به . نفاذ التفتين الجديد ، ولكن من وقائع حدث قبله ، إذ قضت بأنه متى كان بين من الحكم أن المحكمة لم تأخذ بشرط التعويض الجزائي المطلق عليه باليقين ، وقدرت التعويض الذي طلبت المطعون عليه عدم الحكم به على الطاعنين يبلغ حين بناء على الاجتهادات التي استندت بها من واقع الأوراق المقدمة في الدعوى ، ورأت معها أنه تعويض مناسب للضرر الذي لحق المطعون عليه ، فإن هذا القى أعطت به المحكمة لا يجب فيه لشعوره في سلطتها الموضوعية واستقلالها بتقديره (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٦ ص ٦٧٦ . وانظر أيضاً : نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦) .

ورى ما تقدم أن هناك تدرجاً في موقف كل من القضاء الفرنسي والقضاء المخطط والقضاء الوطني : فالقضاء الفرنسي لا يجيز تخفيض الشرط الجزائي بل ولا بشرط وقوع الضرر ، والقضاء المخطط لا يجيز تخفيض الشرط الجزائي ولكن بشرط وقوع الضرر ، والقضاء الوطني بشرط وقوع الضرر ويجيز تخفيض الشرط الجزائي في وقت واحد (الموزع لولف فقرة ٤٥٠ ص ١٤٩) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ ص ٥٧٤ .

على المدعى ، فيكون باطلا ، ويعتمد القاضي عند ذلك على تقدير التمييز وفقا للقواعد العامة في تقدير التمييز بواسطة القاضي<sup>(١)</sup> . ويمكن أن يضاف إلى هذا التبرير أن الشرط الجزائي لا يعرض إلا لتقدير التمييز المستحق ، فهو ليس سببا في استحقاق التمييز ، بل يقتصر على مجرد تقديره مقدما وفقا لما قام أمام الطرفين وقت الاتفاق من اعتبارات وظروف . فإذا اتضح بعد ذلك أن الضرر الذي وقع لم يكن بالمقدار الذي ظنه الطرفان قبل وقوعه ، وأن تقديرهما للتمييز عن هذا الضرر كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، فإن الأمر لا يخلو عندئذ من غلط في التقدير وقع فيه المتعاقدان أو ضغط وقع على المدعى قبل شرطاً يعلم مقدماً أنه صحيح به<sup>(٢)</sup> ، وفي الحالتين يكون الواجب تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر .

على أنه يلاحظ أن الشرط الجزائي ، بالرغم من عدم الحكم به عند انعدام وقوع الضرر أو تخفيضه إذا كان غير متناسب مع الضرر الذي وقع ، لا يزال فائدته محقة للدائن من وجوه ثلاثة .

(أولاً) إن وجود الشرط الجزائي يجعل ، كما قلنا ، وقوع الضرر مفروضاً لا يكفل الدائن باثباته . فإذا ادعى المدعى أن الدائن لم يلحقه ضرر ، فعليه هو لاهل الدائن عبء الإثبات .

(ثانياً) إن وجود الشرط الجزائي يجعل من المفروض أن تقدير التمييز الوارد في هذا الشرط هو تقدير صحيح للضرر الذي وقع . فإذا ادعى المدعى أنه تقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، فعليه هو لاهل الدائن عبء الإثبات<sup>(٣)</sup> .

(١) نفى مدعى ١٧ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النفق ٦ رقم ٩١ ص ٦٨٦ ، وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم .

(٢) ويكون الشرط الجزائي في هذه الحالة شرطاً تهديدياً قبله المدعى ، إما تحت تأثير الضغط وإما لإقناعه أنه سيقوم حتماً بتنفيذ التزامه فلن يتعرض لتوقيع شرط الجزائي عليه ، فقبوله للشرط الجزائي يكون إذن من إكراه أو من انقطاع وترس .

(٣) ويرتك الأمر لتقدير القاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النفق . وقد قضت محكمة النفق بأن إثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الوقائية التي تقدمها محكمة الموضوع ، فإذا رأت محكمة الاستئناف أن ما وقع من التمهيد بتوريد الأغذية لأحد الملاهي \* هو أمر خطير فيه تعريض لصفة للاجئات للخطر ، فضلاً عما فيه من إفساد للمستخدمين الموكول إليهم حاجتهن والمحافظة على سلامتهن \* ، ثم رأت أن التمييز المشروط في عقد التوريد من هذا الفصل متناسب وغير جائز ، فسكت بإلزام التمهيد به ، فلا عقب على حكمها لمحكمة النفق ( نفى مدعى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤١ ص ١٢٢ ) .

(٥٤) ولا يكفي أن يثبت المدعى أن التقدير الوارد في الشرط الجزائي يزيد على مقدار الضرر الذي وقع فعلاً . فالمرجح أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، فإن القاضي لا يخفف الشرط الجزائي حتى لو زاد التقدير الوارد فيه على الضرر زيادة غير كبيرة . وحتى إذا أثبت المدعى أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة وخفف القاضي الشرط الجزائي ، فإن التخفيض يكون إلى حد يتناسب مع الضرر ولا يستلزم أن يكون مساوياً للضرر<sup>(١)</sup> ، ومن ثم إذا وجد القاضي أمامه شرطاً جزائياً سخياً في التقدير ، كان هذا من شأنه أن يجعل سلطة القاضي التقديرية في حساب التمييز تسخر لمصلحة الدائن ، فيبقى غالباً في التمييز بعد تخفيضه سمة ينفع منها بها .

٤٩٦ - هذه المصطلحات تعتبر مع النظام العام : والأحكام التي قلعتها - وقوع ضرر لاستحقاق الشرط الجزائي وجواز تخفيض هذا الشرط لتنفيذ الجزئي أو المبالغة في التقدير - تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٢٤ من القانون المدني صراحة على ذلك إذ تقول : « ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين » . ومن ثم لا يجوز للطرفين أن يضيفا إلى الشرط الجزائي أنه واجب الدفع على كل حال ، حتى لو لم يقع ضرر أو قام المدعى بتنفيذ الالتزام تنفيذاً جزئياً أو تبين أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرة . ولو تم الاتفاق على ذلك ، كان هذا الاتفاق باطلاً لخالفته للنظام العام ، وجاز للقاضي بالرغم من وجوده ألا يحكم بأي تمييز إذا أثبت المدعى أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، وأن يخفف الشرط الجزائي إذا أثبت المدعى أنه قام بتنفيذ الالتزام تنفيذاً جزئياً أو أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة . فالقانون هنا يحسم المدعى ، ويعتبر أن رضاه بمثل هذا الاتفاق أقرب إلى الإذعان منه إلى القبول .

(١) وقد رأينا في تاريخ نص المادة ٢٢٤ أن المشروع المهيمن هذه المادة كان يتضمن العبارة الآتية : « إذا أثبت المدعى أن التقدير كان فادحاً » ، فعدلت هذه العبارة في لجنة مجلس الشيوخ إلى العبارة التي أسفرت في القانون الجديد : « إذا أثبت المدعى أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة » ( انظر أيضاً فقرة ٩٢ في المبادئ ) . ولا يستفاد من هذا التعديل أنه يمكن أن يكون التقدير أزيد من الضرر الحقيقي ، بل يجب أن يكون أزيد بكثير من هذا الضرر ، وإن لم يكن من الضروري أن يصل إلى درجة الفداحة والإرهاق .

## المبحث الثاني

### من تجاوز زيادة الشرط الجزائي

**٤٩٧ - ملاحظته :** رأينا أن المادة ٢٢٥ تقضى بجواز زيادة الشرط الجزائي إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المقدّر وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب خطأ أو خطأ جسيماً . كذلك لا يجوز - تطبيقاً للقواعد العامة - أن يجعل المدين من الشرط الجزائي تكتة لتحاييل على قواعد التعليل الاتفاقى للمسئولية ، فبعض هذه القواعد يعتبر من النظام العام ولا يجوز مخالفتها حتى تحت ستار الشرط الجزائي <sup>(١)</sup> .

ونستعرض كلاً من هاتين الحالتين .

### ٤٩٨ - زيادة الضرر على التعويض المقرر وقد ارتكب المدين

خطأ أو خطأ جسيماً : إذا تبين ، على العكس مما تقدم ، أن التعويض المقدّر ليس مبالغاً فيه بل هو أقل من الضرر الواقع ، فإن القاضى مع ذلك لا يزيده ليكون مساوياً للضرر ، بل يحكم به كما هو . ويكون الشرط الجزائي فى هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسئولية المدين ، والاتفاق على التخفيف من المسئولية أو الإعفاء منها جائز ، فقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ بجواز الاتفاق على إعفاء المدين

---

(١) وإذا اشترط الدائن ، إلى جانب الشرط الجزائي ، موعضاً من نوع آخر ، بأن اشترط على المدين إذا لم يسلم له كذا فطاراً من القطن مثلاً وجب أن يبلغ الفرق بين زمن القطن وقت التنفيذ وزمن الذى اشترى به الدائن هذا القطن مع حساب المدين ، وهذا بالإضافة إلى شرط جزائى مقدّر ، لم يجوز لدائن أن يجمع بين التمويفين ، ولكن له أن يختار أحدهما ( استئناف مخطئ ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٩٤ - ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٦٤ - ١١ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣١ - أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٤ ) . على أنه يجوز الجمع بين التمويفين إذا كان كل تمويض يؤس على ضرر غير الضرر الذى يؤس عليه التمويف الآخر ( استئناف مخطئ ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٩٢ ص ١٠٠ - ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ١٢ ص ٣٩٢ ) .

من أية مسئولية ترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم<sup>(١)</sup>

ومعنى ذلك أنه إذا زاد الضرر على التعويض المقدّر ، ولكن الدائن أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ، فإن الشرط الجزائى الذى جاز أن يخفف من مسئولية المدين فى حالة الخطأ العادى لا يستطيع أن يخفف من مسئوليته فى حالتي الغش والخطأ الجسيم . وينبئ على ذلك أن القاضى يزيد فى مقدار التعويض حتى يصبح معادلاً للضرر الذى وقع ، ولا يمنعه من ذلك أن التعويض مقدور فى الشرط الجزائى ، فإن الدائن فى اتفائه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل فى حسابه غش المدين أو خطؤه الجسيم ، ولا ينبئ أن يحسب هذا الحسب<sup>(٢)</sup>

على أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ تضيف إلى ما تقدم أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه . وينبئ على ذلك أنه يجوز الاتفاق على شرط جزائى يقدر

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد فى مجرمة الأعمال التصديرية ٢ ص ٥٧٤ .  
(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه متى ثبت أن الإخلال بالتعهد كان من سوء قصد ، وجب تعويض الضرر دون التقيد بالشرط الجزائى ، لأن الملاحظ بين المتعاقدين عند تقديرهما التعويض بينهما تبادل حسن القصد بينهما ، فإذا اتفق ذلك وتبدلت القبة ، وجب الرجوع إلى القضاة العامة ، وهو التعويض عن الضرر مهما بلغت قيمته ( ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المأماة ١٥ ص ٦٥ ) . انظر أيضاً بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢ . وقد نصت المادة ٢٦٧ من تقنين الموجبات والمقود البتاتى على أن البند الجزائى صحيح معمول به ، وإن كان موازياً فى الواقع لبند ناف القبة ، وإنما تستثنى حالة الخداع الذى يرتكبه المدين .

هذا ويلاحظ أن الشرط الجزائى يكون تطبيقه على الحالة التى نظر إليها المتعاقدان ، فالشرط الجزائى المنفق عليه فى حالة التأخر لا يبرى على حالة عدم التنفيذ ، فإن لم ينفذ المتعهد التزامه تقدر التعويضات طبقاً لمبادئ القانون العام ( استئناف مخطط ١٥ مايو سنة ١٩٥٥ م ١٧ ص ٢٥٩ — ٢٣ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢١٥ — المتصورة الجزئية الأهلية ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٩ المتصورة الرسمية ٢١ ص ٩٦ ) .

وعنى من البيان أن الطرفين لا يستطيعان أن يضيفا إلى الشرط الجزائى أنه غير قابل للزيادة حتى فى حالة غش المدين أو غشه الجسيم ، فإن هذا الاتفاق يعتبر مخالفاً لنظام العام ، ولا حاجة إلى نص خاص بهذه الحالة كالتص الذى سبق ذكره فى أحوال تخفيض الشرط الجزائى ( م ٢٢٤ فقرة ٢ ) ، فإن نص المادة ٢١٧ فقرة ٢ كافى فى ذلك .

التعويض الذى يستحق من جراء تحقق مسئولية الأشخاص الذين يستعملهم المدين فى تنفيذ التزامه ، ولا يجوز للقاضى زيادة هذا التعويض حتى لو تجاوز الضرر المبلغ المقدر ووقع غش أو خطأ جسيم من الأشخاص الذين استعملهم المدين فى تنفيذ التزامه . ذلك أن الشرط الجزائى فى هذه الحالة يعتبر اتفاقاً على تخفيف المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من تابعى المدين ، ومثل هذا الاتفاق جائز كما قلنا .

#### ٤٩٩ - الشرط الجزائى مماثل لوعظه من المسئولية إعفاء يتعارض

مع النظام العام : وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ على أنه « يقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع » . ويتبين من ذلك أنه لا يجوز أن يضى الطرفان على إعفاء المدين من مسئولية التصيرية ويكون هذا الاتفاق باطلا لو تم لتعارضه مع النظام العام .

وكا لا يستطيع الطرفان أن يبرما هذا الاتفاق بطريق مباشر ، كذلك لا يستطيعان إبرامه بطريق غير مباشر ، بأن يضفا على شرط جزائى يكون من التضاهة بحيث يكون المقصود به أن يصل المدين إلى اشتراط إعفائه من مسئولية التصيرية<sup>(١)</sup> . فى هذه الحالة يكون الشرط الجزائى باطلا ، وللقاضى أن يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التام الذى ورد فى الشرط الجزائى ، متوخياً فى ذلك تطبيق القواعد العامة فى التقدير القضائى للتعويض<sup>(٢)</sup> .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد فى مجموعة الأعمال التصيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(٢) مسكتاف مخطوط ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٧ - بلانكول وريور ودهوان

فقرة ٨٦٩ ص ٢٠٢ .

## الفصل الثالث

### التعويض القانوني أو القوائد

(Les intérêts)

٥٠٠ - قد يتكفل القانون بتحديد مقدار التعويض <sup>١</sup> قدمنا أن الأصل هو أن يقوم القاضى بتقدير التعويض وفقاً للقواعد التى يسلطانها فيما تقدم. وقد يتفق المتماقدان على تقدير التعويض مقدماً فى شرط جزائى على النحو الذى سبق بيانه .

أما أن المشرع هو الذى يتكفل فى نصوص تشريعية بتحديد مقدار التعويض، فهذا أمر ينبىء علم الإقدام عليه إلا فى حالات نادرة يقوم فيها مبرر قوى لمثل هذا الإجراء ، ويكون فى هذا المبرر القوى ما يكافئ الضرر الذى ينجم عن انطواء نصوص تشريعية جامدة على مقادير معينة من التعويض ، فى حالات متنوعة قد تختلف ظروفها ، وقد يتفاوت الضرر الذى يقع فى كل حالة منها ، ومع ذلك يبقى مقدار التعويض عن هذا الضرر المتفاوت جامداً فى النص لا يتغير .

ومن هذه الحالات النادرة التعويضات المقدرة التى حددها القانون فى شأن إصابات العمل . فقد قضى قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠<sup>(١)</sup> (وقد حل محل القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) بأن لكل عامل أصيب بسبب العمل ، وفى أثناء تأديته ، الحق فى الحصول من صاحب العمل على تعويض مقدّر فى هذا القانون بحسب جسامه الإصابة ، ولا يعنى صاحب العمل من التعويض إلا إذا أثبت أن العامل قد تعمد لإصابة نفسه أو أن الإصابة قد حدثت بسبب سلوك فاحش ومقصود

---

(١) وفى فرنسا توجد تشريعات مماثلة سبقت التشريعات المصرية ، من ذلك قانون ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ الذى يقدّر مقادير مقطوعة من التعويضات عن إصابات العمل ، تقوم على أساس أجر العامل ، وتتفاوت بتفاوت حسامة الإصابة ( انظر جوميران ٢ فقرة ٦٣٧ ) .



من جانب العامل<sup>(١)</sup>. ومن هذه الحالات أيضا القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ بشأن التعويض عن أمراض المهنة ، وهو يلحق أمراض المهنة باصابات العمل من حيث إلزام صاحب العمل بتعويض مقدر عن هذه الأمراض دون حاجة إلى إثبات خطئه . ومن هذه الحالات كذلك القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب ، ويقضى على مالك السفينة ومجهزها ومستأجرها متضامين بتعويض مقدر لمن يصاب بسبب أخطار الحرب من أفراد طاقم السفينة ( الریان وضباط الملاحة والمهتلمسين البحريين والبحارة وغيرهم ممن يقوم بأى عمل في السفينة ) . ويلاحظ أن المبرر القوي في هذه الحالات هو أن المشرع اختار أن يقيم المسؤولية فيها على فكرة تحميل التبعة (risque) ، والمسئولية على هذا الوجه أمر خطير لم ير المشرع أن يسير في طريقه إلى النهاية ، وآثر أن يتولى تحديد التعويض بمقادير معينة ضمنها نصوصا تشريعية ، وأغفل فيها أن يكون مقدار التعويض مساويا للضرر ، بل جعلها مقادير مقطوعة تعوض عن بعض الضرر لا عن كله ، وذلك حتى لا يتحمل عبء المسؤولية كاهل

(١) وبالمثل إذا أثبت العامل خطأ جديا في جانب رب العمل ، كان له أن يرجع عليه بتعويض كامل من الضرر الذي أسابه ، ولو زاد على المقدار المقطوع المقرر في القانون ، إذ لا يجوز إعفاء رب العمل إعفاء كلياً أو جزئياً من مسؤوليته عن الخطأ الجسيم . ويستوى في تطبيق قانون إصابات العمل أن تنشأ الإصابة من آلات العمل وأدواته أو تنشأ من شيء آخر ، مادام العامل قد أصيب بسبب العمل وفي أثناء تأديته . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة الثالثة من قانون إصابات العمل ، إذ نصت على أن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفي أثناء تأديته الحق في الحصول من صاحب العمل على تعويض عن إصابته ، قد جاء نصها عاما شاملا لأي من الحوادث يقع ليصيب العامل بسبب العمل وأثناء تأديته . وإذن فقد كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن تطبيق هذه المادة والقضاء بالتعويض للعامل بموجبها مقصور على الحوادث التي تنشأ من آلات العمل وأدواته ، فإن هذا الذي قرره غير صحيح في القانون . وإذا كان خطأ رب العمل الذي نشأ منه الحادث فاحشا ، فإنه يجوز للعامل المضرور بالتعرض بالفوائد العامة للمسئولية التقديرية ، دون تقيده بالجور إلى قانون إصابات العمل ، وذلك عملا بالمسادة الرابعة منه . وإذن فإن الحكم ، وإن كان قد أخطأ في فهم قانون إصابات العمل بما قرره من وجوب أن يكون الحادث قد نشأ من آلات العمل وأدواته ، إلا أن نفس عليه بهذا الفهم الخاطئ . يكون غير صحيح ، متى كان قد أقام قضاءه على دعائه يستقيم بها ، وهي وقرع خطأ فاحش من جانب رب العمل يسوغ للعامل طلب تطبيق القواعد العامة للمسئولية التقديرية ( نفس ملف ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢ ص ٢٤٩ ) .

من يحملها وهو إنما يسأل عن أحداث لا بد له فيها وحله القانون مع ذلك تبينها (١) .

#### ٥٠١ - التعويض القانوني عن الالتزام برفع مبلغ من النقود :

وأهم حالة عمد فيها المشروع إلى التدخل وتكفل بتحديد مقدار التعويض في نصوص تشريعية هي حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فإن التعويض الذي يجوز أن يريته القانون على هذا الالتزام - سواء كان تعويضاً عن التأخر في دفعه أو كان تعويضاً عن الانتفاع برأس المال (٢) - تحدد النصوص التشريعية في صورة فوائد (intérêts) ، ويتكفل القانون بتحديد مقدار هذه الفوائد . والسبب في ذلك كراهية تقليدية للربا ، لا في مصر فحسب ، ولا في البلاد الإسلامية وحدها ، بل في أكثر تشريعات العالم . فالربا مكروه في كل البلاد وفي جميع العصور . ومن ثم لجأ للمشرع إلى تحديده للتخفيف من رزاياءه ، وهذا هو المبرر القوي الذي حمل القانون في هذه الحالة على التدخل ، وتحديد التعويض تحديداً قانونياً في نصوص تشريعية (٣) .

وسنرى فيما يلي كيف كره المشرع المصري الربا ، فحدد لفوائد رؤوس الأموال ، تأخيرية كانت أو تعويضية ، سعراً قانونياً وسعراً اتفاقياً ، وكيف تشدد في مبدأ سريان هذه الفوائد فجعله عند عدم الاتفاق لامن وقت الإصدار بل من وقت المطالبة القضائية ، وكيف أجاز استرداد ما يدفع زائلاً على السعر المقرر ، وكيف أبقى المدين في حالات معينة من دفع الفوائد حتى في الحدود التي قررها ، وكيف منع تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، وكيف وقف بمجموع

---

(١) انظر أيضاً التعويضات المقررة في قانون العمل الفردي .  
(٢) أما التعويض من عدم التنفيذ فلا يتصور في الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فإن التنفيذ العيني يكون دائماً مستطاعاً ، وقد مر القول في ذلك ( انظر آنفاً فقرة ٤٢١ وفقرة ٤٥٩ في الحاشية ) .  
(٣) ثم إن النقود يمكن عادة استغلالها بسر ليس فيه كثير من التفاوت ، ومن ثم نهر المشرع أن يقرر سعراً لفائدة القانونية وحدها أقصى لفائدة الاتفاقية ( انظر فقرة ٥٠٨ فيما يلي ) .

القوائد التي يتقاضاها الدائن عن أن يجاوز رأس المال<sup>(١)</sup>. في هذه وغيرها آليات على كراهية المشرع للربا ، وعلى الرغبة في التضييق منه حتى لا يستغل غير حق المدين ، وقد يؤذنه بالإفلاس والخراب .  
ولعلاج هذا الموضوع نستعرض : (أولاً) شروط استحقاق القوائد .  
(ثانياً) مقدار القوائد كما حددها القانون .

## الفرع الاول

### شروط استحقاق القوائد

٥٠٣ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٢٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب ، وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزماً بأن يدفع للدائن ، على سبيل التعويض عن التأخر ، فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية . وتسرى هذه القوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » .

وتنص المادة ٢٢٧ على ما يأتي :

١ - يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للقوائد ، سواء أ كان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها القوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة . فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة ، وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر » .

(١) وقد زاد التقنين الجديد على التقنين القديم في كراهية الربا : فنزل بسعر القوائد وكانت مرتفعة في التقنين القديم ، ومنع تقاضي فوائد على متجده القوائد وكان ذلك جائزاً ، وحده مجموع القوائد بما لا يزيد على رأس المال وكان هذا التحديد غير موجود ، وأعطى المدين في بعض حالات من دفع القوائد حتى في الحدود التي قررهما ولم يعرف التقنين القديم هذا الإطفاء .

٢٥ - وكل عمولة أو مضمة ، أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن ، إذا زادت هي والمائة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المضمة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا مضمة مشروعة .

وتنص المادة ٢٢٨ على ما يأتي :

ولا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير<sup>(١)</sup> .

#### (١) تاريخ النص :

م ٢٢٦ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتيش الجديد ، فيما عدا عبارة « وكان معلوم المقدار وقت الطلب » وقد ورد بهذا نص في المشروع التمهيدي عبارة « وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام » . وقد أثرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدي ، وأصبح رقم المادة ٢٢٣ من المشروع النهائي . ورائق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ تناقش الأعضاء في تخفيض سعر الفائدة ، ثم استيق السركا ورد في المشروع . وبتروح حلف عبارة « كان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام » حتى تستحق الفوائد على البالغ التي تم المطالبة بها أيام القضاء ولو لم يكن مقدارها معلوماً وقت رفع الدعوى كالتمريض من حل غير مشروع مثلاً (١) . ويسته الاقتراح إلى أن النه يتناقض قاعدة أن الأحكام مقررة للسق ... وفي حماية المسائل وانتقاص الحق الدائن ... ولا يوجد له نظير في التشريع المقارن المشار إليه في المذكرة الإيضاحية . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التي يطالب الدائن بها على سبيل التمريض من حل غير مشروع . والاستناد إلى قاعدة اختيار الأحكام مقررة غير وارد ، إذ يمثل التمريض القانوني من التأخير في تقدير التمريض الفضل فلا يتأثر مركز الدائن من هذه القساحة . وقد يكون تقدير التمريض بطيئة غير مهسود إلا بعد إجراءات طويلة ، فلا يكون المدين يد في هذا التأخير ، وقد استقر القضاء على هذا الحكم دون نص . ولكن اللجنة رأيت من جهة أخرى تمثيل العبارة على النص الآتي : « وكان معلوم المقدار وقت الطلب » ، لأن العبارة في تعيين المقدار يوقت المطالبة لا يوقت نشوء الالتزام . وأصبحت المادة رقمها ٢٢٦ . ورائق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٥٧٦ وص ٥٧٨ - ص ٥٨٠) .

م ٢٢٧ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٥ من المشروع التمهيدي مقتصر على الفقرة الأولى منه دون الفقرة الثانية . وفي لجنة المراجعة أضيفت الفقرة الثانية وأصبح رقم المادة ٢٢٤ في المشروع النهائي . ورائق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « إذا ما ثبت أن » الواردة في الفقرة الثانية بعبارة « إذا ما أثبت المدين أن » . وبذلك يكون تعيين من يحصل منه الإتيات خاضعاً لقواعد العامة . وأصبحت المادة رقمها ٢٢٧ . ورائق مجلس الشيوخ -

**وتقابل هذه النصوص في التقنين المدنى السابق ( الملحق بالمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ) للواد ١٢٤ - ١٨٢/١٢٥ - ١٨٥ (١).**

« على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٢ وص ٥٨٤ - ص ٥٨٦) .  
م ٢٢٨ ، ورد هذا النص فى المادة ٣٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه  
فى التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٣٥ من المشروع الثانى . ووافق عليه  
مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٨ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٨٧ ) .  
(١) كانت المادة ١٨٢/١٢٤ - ١٨٤ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى :  
« إذا كان المنته به عبارة عن مبلغ من الدرهم ، فتكون فوائده مستحقة من يوم المطالبة  
الرسمية فقط إذا لم يقض البند أو الاصطلاح التجارى أو القانون فى أحوال مخصوصة بغير ذلك .  
وتكون الفوائد باعتبار خمسة فى المائة سنوياً فى المواد المدنية وستة فى المائة فى المواد التجارية  
ما لم يحصل الاتفاق على غير ذلك » . وكانت المادة ١٨٥/١٢٥ من نفس التقنين تجرى على الوجه  
الآتى : « لا يجوز مطلقاً أن يحصل الاتفاق بين المتعاقدين على فوائد تزيد على ثمانية فى المائة سنوياً .  
ويجوز تخفيض هذا الحد إلى سبعة فى المائة بمرسوم ، وفى هذه الحالة لا يطبق سعر الفائدة الجديد  
إلا بعد مضي ستة أشهر من تاريخ نشر المرسوم . ويجوز رد الحد المخفض إلى أصله بنفس الشروط  
والأوضاع المذكورة . وكل اتفاق نص فيه على فائدة تزيد على هذا الحد تخفض بحكم القانون إلى  
الحد الأقصى لفائدة التى يجوز الاتفاق عليها . وكل عروة أو منفعة أيا كان نوعها احتارطها  
المقرض ، إذا زادت على والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة  
مستقرة ، وتكون قابلة للتخفيض إذا ما أثبت المقرض أن هذه الصمولة أو المنفعة لا تقابلها غبطة  
حقبة يكون المقرض قد أداها ولا نفقة مشروعة » .

وكان التقنين المدنى السابق فى مبدأ الأمر يجعل سعر الفائدة القانونية ٧٪ فى المواد المدنية  
و ٩٪ فى المواد التجارية . ثم عدل هذا السعر إلى ٥٪ و ٧٪ بالأمر المالى الصادر فى ٧ ديسمبر  
سنة ١٩٩٢ . وبين هذا الأمر المالى ميمولاً به إلى أن صدر مرسوم بقانون فى ١٩ مارس  
سنة ١٩٣٨ يجعل للسعر ٥٪ و ٦٪ . ثم زل السعر فى التقنين الجديد ، كما رأينا ، إلى ٤٪ و ٥٪ .  
وكان سعر الفائدة الاتفاقية فى مبدأ الأمر ، فى التقنين المدنى السابق ، ١٢٪ . ثم عدل  
بالأمر المالى الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٩٢ إلى ٩٪ ، دون أن يلاحظ فى هذا التعديل أن  
يعدل تبعاً لذلك نص المادة ٥٨٢/٤٧٨ ، فبقت هذه المسادة تنص على أن لفائدة الاتفاقية  
فى عارية الاستهلاك لا يجوز أن تزيد على ١٢٪ . ثم صدر المرسوم بقانون فى ١٩ مارس  
سنة ١٩٣٨ يجعل السعر الاتفاقى لفائدة ٨٪ ويجوز تخفيضه بمرسوم إلى ٧٪ . و عدلت  
المادة ٥٨٢/٤٧٨ فى هذه المناسبة ، فأصبحت تنص على المادة ١٨٥/١٢٥ . وأضاف المرسوم  
بقانون المذكور النص الآتى : « لا يسرى حد لفائدة التى يجوز الاتفاق عليها المقرر بهذا المرسوم  
بقانون أو يقتضى أحكامه على الاتفاقات المفقودة قبل تاريخ العمل به أو قبل تاريخ العمل  
بالمرسوم المشار إليه فى المادة ١٨٥/١٢٥ : أى المرسوم الذى يصدر مخففاً الحد الأقصى لفائدة  
الاتفاقية من ٨٪ إلى ٧٪ ثم قد يصدر بعد ذلك مديلاً له إلى ٨٪ . ثم خفض التقنين الجديد الحد  
الأقصى لفائدة الاتفاقية إلى ٧٪ كما رأينا .

وتقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري مواد ٢٢٧-٢٢٩ ، وفي التفتين المدني العراقي المواد ١٧١-١٧٣ فقرة أولى و ١٧٦ ، وفي التفتين المدني الليبي المواد ٢٢٩-٢٣١ ، وفي تفتين الموجبات والمقود البناني المادتين ٢٦٥ فقرة أولى و ٢٦٧ (١).

ويؤخذ من هذه النصوص أن هناك نوعين من القوائد : (١) فوائد تأخيرية لتعويض عن التأخر في الوفاء بمبلغ من التقود . (٢) وفوائد تعويضية لتعويض

---

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٢٢٧-٢٢٩ ( مطابقة لنص المواد ٢٢٦-٢٢٨ من التفتين المصري ، فيما عدا أن الحد الأقصى لسر الاتفاق في التفتين السوري هو ٩٪ ) .

التفتين المدني العراقي م ١٧١-١٧٣ فقرة أولى ( مطابقة لنص المواد ٢٢٦-٢٢٨ من التفتين المدني المصري ، فيما عدا أن المادة ١٧١ عراق تجعل مطلوبة المقدار رقت نشوء الالتزام ، وأن المادة ١٧٢ فقرة أول عراق أسقطت عبارة : « سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها القوائد » ) .

١٧٦ م : في حساب القوائد يكون التقويم الشسي هو المتمد . ( وهذا يطابق الحكم في القانون المصري ، ويؤكد المادة ٩ من التفتين المدني العراقي : انظر في علم ضرورتها الدكتور حسن الذنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ٧٢ ص ٦٧ ) .

التفتين المدني لمملكة البنية المتحدة م ٢٢٩-٢٣١ ( مطابقة لنص المواد ٢٢٦-٢٢٨ من التفتين المدني المصري ، فيما عدا أن الحد الأقصى لسر الاتفاق في التفتين الليبي هو ١٠٪ ) .

تفتين الموجبات والمقود البناني م ٢٦٥ فقرة أول : إذا كان موضوع الموجب مبلغاً من التقود ، فإن عوض التأخير يكون بأداء فائدة المبلغ المستحق بحسبة على المعدل القانوني ، ما لم يكتو فة نص بخالف في المقد أو في القانون . ( ملاحظة : جعل قانون المراجعة البناني الصادر في ٩ رجب سنة ١٣٠٤-٢٢ مارس سنة ١٨٨٧ - وهو المعمول به في لبنان ، سعر الفائدة القانونية في المسائل المدنية ٩٪ . وجعل قانون التجارة البناني هذا السر في المسائل التجارية ٩٪ أيضاً ) .

م ٧٦٧ : إذا اشترط الترفقان أداء فائدة ولم يبيناً مفعلاً ، وجب على المقرض أن يدفع الفائدة القانونية . وفي المواد المدنية يجب أن يبين خطأ معدل الفائدة المتفق عليها حيناً يكون زائلاً على الفائدة القانونية . وإذا لم يبين خطأ فلا تجب الفائدة إلا على المعدل القانوني .

( ملاحظة - يظهر من نص المادة ٧٦٧ من التفتين البناني أن هذا التفتين لا يشترط حداً أقصى لسر الاتفاق ، ولكن انظر في القيود التي ترد على الفائدة الاتفاقية في لبنان الدكتور صبي المصطفى في آثار الالتزام في القانون البناني ص ٢٩ - ص ٣٠ - وفي لبنان يمكن الإطلاع اكمل لسيان القوائد : الدكتور صبي المصطفى في آثار الالتزام في القانون البناني ص ٣٤ ) .

عن الانتفاع برؤوس الأموال . ولحل من هذين النوعين من القوائد شروط استحقاق خاصة به . ثم إن هناك شروطاً عامة تحدد المنطقة التي تستحق في دائرتها القوائد ، سواء كانت تأخيرية أو تمويلية . فنبداً بهذه الشروط ، ثم نستعرض شروط استحقاق القوائد التأخيرية ، فشروط استحقاق القوائد التمويلية .

#### ٥١ - الشروط التي تحدد منطقة استحقاق القوائد

٥٠٣ - **محرر هذه المنطقة :** يمكن تحديدها بأنها المنطقة التي تلحق لكل التزام بدفع مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، وهذا ما نص عليه التقنين المدني في صدر المادة ٢٢٦ كما رأينا .

فيجب إذن أن يكون هناك : (١) التزام بدفع مبلغ من النقود (٢) وهذا المبلغ معلوم المقدار وقت الطلب .

٥٠٤ - **التزام برفع مبلغ من النقود :** أى التزام بدفع مبلغ من النقود يدخل في منطقة استحقاق القوائد . فالعبارة إذن بمحل الالتزام ، وما دام هذا المحل هو دفع مبلغ من النقود فمن الجائز أن تكون هناك فوائد مستحقة . ولا عبء بمصدر الالتزام ، فقد يكون هذا المصدر عقداً ، وهو الغالب . مثل ذلك التزام المقرض برد النقود التي اقترضها ، والتزام المشتري بدفع الثمن ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة إذا كانت نقوداً ، والتزام الشريك بتقديم حصته في الشركة إذا كانت هذه الحصة مبلغاً من النقود . وقد يكون مصدر الالتزام غير العقد ، كالالتزام برد غير المستحق إذا كان ما دفع دون حق نقوداً ، والالتزام بدفع النفقة إذا قدرت مبالغاً من النقود كما هي العادة (١) .

(١) قارن دى باج ٣ فقرة ١٣٩ ، حيث يذهب إلى وجوب أن يكون محل الالتزام ابتدائياً (initialement) هو مبلغ من النقود ، وهذا صحيح . ولكنه يخرج بهذا القيد الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، باعتبار أن التعويض هنا - وهو مبلغ من النقود - ليس إلا تنفيذاً بمقابل (exécution par équivalent) لالتزام أصل هو الالتزام باتخاذ المحطة الواجبة لسمم الأضرار بالغرم ، وليس تنفيذاً حقيقياً لهذا الالتزام . فالنقود إذن ليست محل الالتزام ابتداءً . انظر أيضاً ديموج ٦ فقرة ٣٧١ من ٤١٥ . وإذا كان صحيحاً أن النقود ، في المحض -

٥٠٥ - **معلوم القرار عند الطلب :** والالتزام بدفع مبلغ من النقود إما أن يكون معلوم المقدار وقت نشوئه ، وأما إلا يكون معلوم المقدار إلا وقت المطالبة به . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٢٦ يشترط أن يكون الالتزام معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام ، فكان هذا الشرط يخرج من منطقة استحقاق الفوائد الالتزام بالتعويض إذا كان ناشئاً عن عمل غير مشروع ، واقترح في لجنة مجلس الشيوخ حذف هذا الشرط ، فلم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التي يطالب الدائن بها على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع . ولكن اللجنة مع ذلك عدلت الشرط ، فأصبح الواجب أن يكون الالتزام ، معلوم المقدار وقت الطلب<sup>(١)</sup> . وهذا التعديل يفقد الشرط أهميته ، فكل التزام بدفع مبلغ من النقود يكون معلوم المقدار وقت أن يطالب به الدائن ولو كان غير خال من النزاع . ذلك أن الدائن يقدر حتماً عند المطالبة بالمبلغ الذي يطالب به ، سواء في ذلك الالتزام برد القرض أو الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، ويضغ تقديره في جميع الأحوال لحكم القاضي . لذلك لم يعد لاشتراط معلومية المقدار عند الطلب أهمية عملية ، مادام كل التزام بدفع مبلغ من النقود يعتبر مستوفياً لهذا الشرط ، وما دام الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع ، الذي أريد بوضوح الشرط إخراجاً ، هو أيضاً التزام ، معلوم المقدار عند الطلب .

من عمل غير مشروع ، ليست إلا تنفيذاً بمقابل لالتزام أصل ، إلا أن هناك التزاماً آخر أنشأه المقتانون جزءاً لهذا الالتزام الأصل ، هو الالتزام بالتعويض عن العمل غير المشروع . وهذا الالتزام ، إذا قدر التعويض بمبلغ من النقود كما هو الغالب ، يكون عمله ابتداءً هو النقود . فهناك إذن التزامان : (١) التزام باتخاذ الحيلة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، وعمله ابتداءً هو اتخاذ هذه الحيلة الواجبة ، فهو التزام بسبل ، والنقود بالنسبة إلى هذا الالتزام ليست إلا تنفيذاً بمقابل . (٢) التزام بالتعويض عن عمل غير مشروع أنشأه جزءاً للالتزام الأول ، وعمل هذا الالتزام الثاني ابتداءً هو دفع مبلغ من النقود . أما من وجهة نظر مدى باع فيبدأ أنه لا يبرحه إلا التزام واحد ، هو الالتزام باتخاذ الحيلة الواجبة لعدم الإضرار بالغير ، والعمل الأصل لهذا الالتزام هو اتخاذ هذه الحيلة ، فلماذا أدخل المدين بالتزامه تبدل العمل وأصبح تعويضاً أي مبلغاً من النقود ، فيعتبر على الالتزام دون أن يتغير الالتزام ذاته . وسنعود إلى الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع فيما يلي :

(١) انظر آنفاً - في تاريخ نص المادة ٢٢٦ - فقرة ٥٠٢ في الحاشي . وانظر مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٧٩ م - ص ٥٨٠ .



ثم إنه لا ضير من إدخال الالتزام بالتعويض عن عمل غير مشروع في منطقة استحقاق الفوائد، لأن الذي يقع هو أن القاضي يقدر مبلغاً من النقود تعويضاً عن الضرر، ويدخل في تقديره النوعان من الضرر : الضرر الأصل الناشئ عن خطأ المستول، والضرر الناشئ عن التأخير إلى يوم النطق بالحكم، فيجمع التعويضين في مبلغ واحد . . . ويبقى بعد ذلك التعويض عن التأخير منذ صدور الحكم، ويحق للمضروب أن يطالب به بدعوى جديدة، فيقضى له بالسعر القانوني للفوائد من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقاً للقواعد العامة<sup>(١)</sup>. وقد يطلب المضروب في الدعوى الأصلية الجكم بفوائد مع مبلغ التعويض الأصلي، فيقضى له بالسعر القانوني للفوائد من وقت صدور الحكم في الدعوى الأصلية، ومن ثم لا يحتاج إلى رفع دعوى جديدة بفوائد التأخير<sup>(٢)</sup>.

وجملة القول إنه لا حاجة لقيده معلومية المقدار وقت الطلب، فهو إما قيد صوري، وإما قيد غير ضروري. وتصبح منطقة استحقاق الفوائد تتسع لكل التزام بدفع مبلغ من النقود، أياً كان مصدر هذا الالتزام<sup>(٣)</sup>.

(١) قال الأستاذ اساميل غام في أحكام الالتزام فقرة ٨٩، حيث يلزم بالتعويض عن عمل غير مشروع، إلى أنه إذا صدر حكم القاضي بتحديد المبلغ الذي عمل المدين أداؤه، فإن الدائن يستحق فوائد التأخير بمجرد صدور حكم القاضي دون حاجة إلى مطالبة قضائية جديدة أو إنذار، تطبيقاً للمادة ٢٢٠/ب هـ.

(٢) القوسيط الجزء الأول فقرة ٦٣٨ ص ٩٦٢ وحاشي رقم ١ — انظر أيضاً في استحقاق الفوائد التأخيرية عن مبلغ التعويض عن عمل غير مشروع منذ المطالبة القضائية : استئناف مخطوط ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٤٦ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣١ — ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١، وفي جواز أن يضيف القاضي إلى التعويض الأصل تعويضاً تكليفاً عن التأخير : استئناف مخطوط ٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٥ — ١٨ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٨٠ — ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣١. ومع ذلك انظر في أن التعويض من حادث (عمل غير مشروع) تستحق عليه الفوائد من وقت وقوع هذا الحادث إذا رأى القاضي أن هذا ما يقتضيه التعويض الكامل من الضرر : استئناف مخطوط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١، وفي أن القاضي يقدر في بعض الحالات تعويضاً كاملاً لتغطية الضرر من وقت وقوع الحادث إلى وقت الحكم : استئناف مخطوط ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ — ٧ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩١ — ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٦ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٢ — ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤٥.

(٣) وفي قضية عرضت على محكمة النقض، قامت المحكمة بتقوية جسر القليل وأعلنت أهمية هذا العرض من أرض المظنون عليها، فرفضت هذه قضية على الحكومة وطالبها بمضي

والفوائد التي تستحق عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود هي ، كما قدمنا ، إما فوائد تأخيرية وإما فوائد تعويضية . فننتقل الآن إلى بيان شروط الاستحقاق في كل نوع من هذين .

= قدرته بمبلغ معين وأضافت المطالبة بفوائده عن هذا المبلغ بمر ٥/٠ . فتمك لها بذلك ، ابتدائياً واستثنائياً . فطلعت الحكومة بالنقض . وقالت محكمة النقض في أسباب حكمها : « ومن حيث إن الطعن مبني على سبب واحد ، يحصل في أن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفوائده عن المبلغ المحكوم به قد خالف القانون ... وذلك أنه بمقتضى المادة ٢٢٦ مدى أن كل دين لا يكون معلوم المقدار عند الطلب لا يكون محلاً للقضاء بالفوائد عنه على سبيل التعويض عن التأخير في الوفاء به ، ولا يكون كذلك إلا من تاريخ الحكم باعتباره أن الحكم وحده هو الذي يحدد الالتزام . وواقع الدعوى أن الوزارة كانت تنازع المطعون عليها في أحقيتها بالمبلغ المطالب به كما نازعها في مقدارها إن كان ثمة موجب للقضاء عليها بشيء ، ولم تكن الطاعة تمل إلى أن صدر الحكم النهائي مبلغ ما يضمن عليها دفعه ، والحكم هنا حلف . لا مقرر ، ومن ثم كان القضاء بالفوائد على خلاف ما يقضى به القانون ... ومن حيث إن سبب الطعن مردود بأن الحكم المطعون فيه إذ قضى بالفوائد القانونية عن المبلغ المحكوم به ابتداء من تاريخ المطالبة الرسمية محلاً بالمادة ١٢٤ مدى ( تقدم ) المنطبقة على واقعة الدعوى أسس قضاءه على أن المبلغ المطالب به عبارة عن مبلغ من المال مستحق في ذمة المدعي عليها (الطاعة) وإن اختلف في تقديره ، إلا أن هذا الحكم قد حسم الخلاف بتقدير مبلغ معين تكون ذمة المدعي عليها مشغولة به منه مطالبها رسياً ، لأن الأحكام مقررّة للحقوق وليست مفتحة لها . وهذا الذي قرره الحكم لا خطأ فيه . ولا محل للتصديق بنص المادة ٢٢٦ مدى جديد لأنه تشريع مستحدث ليس له أثر رجعي فلا يسرى على واقعة الدعوى ، ومن ثم يضمن رفض الطعن » (نقض مدى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦ ص ٧٢) . وقد كان يمكن بحكمة النقض - في رأينا - أن تقف بأسباب حكمها عند القول بأن الحكم المطعون فيه لم يخطئ . إذ هو لم يخطئ فعلاً لا على مقتضى التقنين القديم ولا على مقتضى التقنين الجديد . وما دامت المدعية قد حددت التعويض الذي تطالب به مبلغاً معيناً من النقود ، فقد صار الالتزام الذي تطالب به التزاماً بدفع مبلغ من النقود « معلوم المقدار عند الطلب » ، على مقتضى التقنين الجديد ، وكان من حقها أن تطالب بفوائده تأخيرية عن هذا المبلغ تسري من وقت المطالبة القضائية بها . وهذا ما فعلته ، فقضى لها به ابتدائياً واستثنائياً .

على أن محكمة النقض أخذت بالرأي الذي نذهب إليه ، في الالتزام بدفع مبلغ من النقود إذا كان معلوم المقدار ، ليس هو الصل غير المشروع ، بل أخذت غير المستحق . فنقضت بأن الاحتجاج بأن المبالغ المحكوم على مصلحة الضرائب بردها لا تعتبر مطلوبة المقدار إلا من تاريخ الحكم النهائي بردها ، فيكون حكمها حكم التعويض المنقضى « من محل غير مشروع (الذي لا يجوز الحكم بفوائده عنه من تاريخ المطالبة الرسمية محلاً بالمادة ٢٢٦ مدى) — هذا الاحتجاج مردود بأنه قياس مع الفارق . ذلك بأن سلطة محكمة الموضوع في تقدير التعويض تخولها أن تدخل في حسابها جميع عناصر الضرر ومنها طول أمد القضاء ، مما يفي المدعي من طلب فوائده التأخر عن دفع مبلغ التعويض ... ولكن هذا الاحتجاج لا ينطبق على طلب الممول رد ما أخذته بغير حق ، ذلك أنه =

## ٥ ٢ - شروط استحقاق الفوائد التأخيرية

### ٥٠٦ - شروط المسؤولية عن التأخير في دفع مبلغ من النقود -

كيف هو مت : حتى تتحقق مسؤولية المدين بوجه عام ، وفقاً للقواعد العامة ، يجب أن يكون هناك خطأ في جانب المدين وضرر يلحق الدائن وعلاقة سببية تقوم بين الخطأ والضرر . يضاف إلى هذه الشروط الثلاثة ، ووفقاً للقواعد العامة أيضاً ، إضرار المدين . ونستعرض هذه الشروط الأربعة بالنسبة إلى مسؤولية المدين عن التأخير في الوفاء بمبلغ من النقود ، وسنراها تنحصر عما كانت عليه في الأصل .

أما خطأ المدين في التأخير عن الوفاء بالمبلغ فهو عبارة عن التأخير في ذاته . ذلك أن التزام الوفاء بمبلغ من النقود في ميعاد معين هو التزام بتحقيق غاية ، لأنه التزام بنقل ملكية (obligation de donner) . فجرد التأخير في الوفاء بالمبلغ عن الميعاد المعين هو الخطأ ، والخطأ هنا لا شيء غير ذلك . ومن ثم نستبدل بشرط الخطأ شرط التأخير في الوفاء (١) .

أما عن الضرر وعلاقة السببية ، فقد رأينا أن المادة ٢٢٨ مدني تنص على أنه « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير » . فالقانون يفرض فرضاً غير قابل للإثبات العكس

له المظهر عليه قد حدد في مرفضة دعواه منذ البداية المبلغ الذي طالب بمصلحة الضراب برده على أساس أنها أعطته منه بغير حق ، وليس من شأن المنازعة في استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه ما يصححه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب ( نفس مدني ٢٥ يورني سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض : رقم ١٩٢ ص ١٢٠١ - ٢٥ يورني سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض : رقم ١٩٧ ص ١٢٣٦ - ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض : رقم ٩٨ ص ٦٠٣ ) . ونلاحظ أن محكمة النقض تستطيع أن تتحدث عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود الناشئ عن عمل غير مشروع ، من حيث معلومية المقدار وقت الطلب ، على النحو الذي تحدثت به عن الالتزام بدفع مبلغ من النقود الناشئ عن أخذ غير المستحق . فكل كليهما يحدد المدعي في مرفضة دعواه منذ البداية المبلغ الذي يطالب به المدعي عليه ، وليس من شأن المنازعة في استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه ما يصححه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب » .

(١) قارن كوران وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ١٦٨ حيث يبدو أن الخطأ يخطط بطلان السببية ، وحيث لا يثبت أن الالتزام بدفع مبلغ من النقود هو التزام بتحقيق غاية غيره للآخر في تشبهه بكون خطأ .

أن مجرد تأخر المدين عن الوفاء بالمبلغ من التقود الذى فى ذمته يحدث ضرراً للدائن . فلا الدائن فى حاجة إلى إثبات هذا الضرر ، ولا المدين يستطيع أن ينق وقرعه . ويفرض القانون كذلك ، فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، أن هذا الضرر هو النتيجة المباشرة لخطأ المدين وهو تأخره فى الوفاء . فعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر هى أيضاً - كالضرر - مفروضة فرضاً غير قابل لإثبات العكس (١) . والسبب فى افتراض الضرر وعلاقة السببية معقول . فالدائن الذى لم يستوف المبلغ من التقود الذى له فى ذمة مدينه فى الميعاد الواجب يكون حتماً فى أحد موقعين . فإما أن يكون فى حاجة إلى هذه التقود ، فهو إذن مضطر أن يقرضها مريضاً فى سداد القرض وفاء مدينه بالتزامه ، وعندئذ يكون قد أصابه خسارة من جراء تأخر المدين هى الفوائد التى بدفعها عادة لاقتراض المبلغ ، ومن ثم كان له أن يسترد هذه الفوائد من المدين على سبيل التعويض . وإما أن يكون فى غير حاجة إلى التقود ، ولكن التقود يمكن عادة استغلالها ، فلو أن المدين وفى بالتزامه فى الميعاد لكان فى مكتة الدائن أن يستغل تقوده ، وعندئذ يكون قد فاتته ربح من جراء تأخر المدين ، فقد كان يربح الفوائد التى يتقاضاها عادة فى استغلال المبلغ ، ومن ثم كان له هنا أيضاً أن يسترد هذه الفوائد من المدين على سبيل التعويض . ويتبين من ذلك أنه لا حاجة إلى استبقاء هذين الشرطين - الضرر وعلاقة السببية - ضمن شروط مسئولية المدين عن التأخر فى الوفاء بالمبلغ من التقود ، ما دام القانون يفترض تحققهما افتراضاً لا يقبل فيه إثبات العكس . أما إغذار المدين ، وهو الشرط الرابع ، فيتصور هنا بوضاً ، بل يتشدد القانون فيه فيستبدل به ، كقاعدة عامة ، المطالبة القضائية .

ورى من ذلك أن الشروط الأربعة قد تحورت فيما يتعلق بالمسئولية عن التأخر فى دفع مبلغ من التقود ، وأصبحت تنحصر فى شرطين اثنين لا بد من توافرها

(١) وقد كان هذا هو الحكم أيضاً فى عهد التقنين المدف السابق دون أن يشتمل هذا التقنين على نص صريح فى هذا المنى (الموجز لتأليف فقرة ٤٥٢ من ٤٥٠ - استئناف مختلف ٢٥ مارس سنة ١٨٨٠ برويالى م ١٨٢ فقرة ٩ - ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ من ١٠٠) . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدف القرنى (م ١١٥٣ فقرة ٢ - بلاتويل وديريه وودوان ٧ فقرة ٨٧٧) .

لاستحقاق القوائد التأخيرية : (١) تأخر المدين في الوفاء بالتزامه (٢) مطالبة الدائن بهذه القوائد مطالبة قضائية . ونستعرض الآن كلا من هذين الشرطين .

#### ٥٠٧ - تأخر المدين في الوفاء بالتزامه : يمكن أن يتأخر المدين

في الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود عن ميعاد الاستحقاق ، حتى تستحق القوائد التأخيرية بالسعر الذي يقرره القانون . وهذا السعر قد يكون متفقاً عليه من قبل ما بين الدائن والمدين ، وله حد أقصى يبيته القانون وسيأتي ذكره . ويطلب أن يقع هذا الاتفاق عندما يكون مصدر الالتزام هو العقد ، فيكون الاتفاق على سعر القوائد التأخيرية ضمن شروط هذا العقد . ويسمى سعر الفائدة في هذه الحالة بالسعر الاتفاقي (taux conventionnel d'intérêts) . ولا مانع من أن يتم الاتفاق على سعر القوائد الاتفاقية في غير العقد الذي أنشأ الالتزام بدفع المبلغ من النقود ، بل في خصوص التزام بدفع مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد . فإذا لم يكن هناك سعر للقوائد التأخيرية متفق عليه ما بين الدائن والمدين ، فإن السعر الذي يسرى في هذه الحالة هو السعر القانوني (taux légal d'intérêts) ، وهو سعر حدده القانون برقم ثابت سيأتي ذكره . ومن ذلك نرى أن فوائد التأخر في الوفاء بمبلغ من النقود إما أن تكون فوائد اتفاقية أو فوائد قانونية ، وهي في الحالتين فوائد تأخيرية (intérêts moratoires) .

وهذه القوائد التأخيرية إنما هي « على سبيل التعريض عن التأخر » كما تقول المادة ٢٢٦ ، فهي تعرض الضرر الذي يفرض القانون وقوعه كنتيجة مباشرة لتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه . أما إذا أثبت الدائن أن هناك ضرراً لحق به بسبب خطأ آخر للمدين مستقل عن تأخره ، كان للدائن حق المطالبة بصرفي تكميل بالشروط التي سنبينها فيما بعد (م ٢٣١ مدني) .

وقد يلحق الدائن ضرر ، كنتيجة مباشرة لتأخر المدين عن الوفاء بدفع مبلغ من النقد الأجنبي زل سعره ما بين يوم الاستحقاق ويوم الدفع القتل . ويقضي المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ بأن « تبطل شروط الدفع ذهباً في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية والتي تكون قد عومت بالجلبعات المصرية أو الاسترلية أو بقصد أجنبي آخر كان متداولاً قانوناً في مصر (الفرق الجلبية التركي) ، ولا يترتب عليها أي أثر » . وكانت محكمة الاستئناف المختصة

قد قضت بأنه مادام شرط الذهب المتفق عليه في عقد قرض باطلا، فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب على أساس المسؤولية التصهيرية وبدعوى الغش بمبلغ يساوى ماخسره من جراء نزول الجنيه المصرى ، فإن ذلك يكون تحايلا منه للحصول بطريق غير مباشر على ما لم يستطع الحصول عليه بطريق مباشر بمقتضى شرط الذهب<sup>(١)</sup>. ولكنها قضت في أحكام أخرى بأنه إذا اشترط أن يكون الدفع بعملة أجنبية صح الشرط، ووجب الدفع بهذه العملة<sup>(٢)</sup>. فإذا صح شرط الدفع بعملة أجنبية ، وتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه مدة من الزمن نزلت في خلالها قيمة هذه العملة الأجنبية ، فإن الضرر الذى أصاب الدائن من هذا النزول لا يعتبر ضرراً راجعاً إلى سبب مستقل عن التأخر في الوفاء ، ومن ثم يدخل تعويضه ضمن الفوائد التأخيرية بالسعر المتفاوتى أو بالسعر الاتفاقي، ولا يستطيع الدائن أن يطالب عنه بتعويض تكليلى إلا إذا أثبت أنه ضرر تسبب فيه المدين بسوء نية ، وذلك وفقاً لحكم المادة ٢٣١ مدنى التى سأتى ذكرها<sup>(٣)</sup>.

على أن القانون قد ينص في حالات خاصة على دفع تعويض تكليلى بالإضافة إلى الفوائد التأخيرية . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٥١٠ مدنى من أنه « إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود، ولم يقدم هذا المبلغ . لزمته فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعداء . وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكليلى عند الاقتضاء<sup>(٤)</sup> » .

(١) ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٠٣ .

(٢) ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٤٢ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣ —

انظر في هذه المسألة الوسيط الجزء الأول فقرة ٢٢٦ ص ٣٩٦ وعلش رقم ١ .

(٣) وذلك إلا إذا قيل أن الدائن يستوفى حقه بقيمة العملة الأجنبية وقت حلول الدين لا وقت الوفاء بالفعل — انظر في هذه المسألة في القانون الفرنسى بلاترول وريبير ووردوان ٧ فقرة ٨٨٠ ، وفي القانون البلجيكي دى باج ٣ فقرة ١٤١ مكررة .

(٤) انظر في هذا المعنى المادة ١٨/٤٢٦ — ١٩ — من التفتين المدنى السابق والمادة ١٨٤٦

من التفتين المدنى الفرنسى . وانظر : استئناف مخطط ١٩ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٢٠ —

٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ . وانظر أيضاً المادة ١٨٠ من التفتين التجارى ( المواد

١٦٣-١٦٥ تجارى فرنسى ) في كسبالة الرأجوع ، وهي كسبالة جديدة يسحبها حامل الكسبالة

الأصلية على صاحبها أو أحد المدينين ليحصل بها على قيمة تلك الكسبالة الأصلية الممول عنها

الجوهرات والفوائد وكذلك المصاريف . وانظر في التعويضات من فسخ البيع بسبب استحقال المبيع =

## ٥٠٨ - مطالبة المائس بالفوائد التأخيرية مطالبة قضائية : والشرط

الثاني لاستحقاق الفوائد التأخيرية هو أن يطالب الدائن المدين بهذه الفوائد مطالبة

وعدم التقيد بالفوائد القانونية في هذه الحالة نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٥٤ . وقد نصت المادة ٢٠٢٨ من التقنين المدني الفرنسي برجوع الكفيل على المدين بفوائد ما دفعه للدائن ويتويعض فوق ذلك (بودي وبارد ١ فقرة ٤٩٩ - فقرة ٥٠٢ - بلانويول وريبير وردوان ٧ فقرة ٨٨١ - بيدان ولاجارد ٨ فقرة ٥٨٩) ، أما المادة ٨٠٠ فقرة ٣ من التقنين المدني المصري فتقتضي بأن يكون الكفيل الحق في نفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع (انظر في التقنين المدني السابق والتون ٢ ص ٢٥٥ - ص ٢٥٦) . هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسي لا يحكم بفوائد تأخيرية على خزانة الدولة ولاها . فلو تأخر بمول في الوفاء بالضريبة دفعا دون أن يدفع فوائد تأخيرية ، وكذلك لو دفع مبلغا أكبر من للضريبة المستحقة استرد ما دفعه زائدا دون فوائد تأخيرية . والسبب في ذلك أن الدولة في حساباتها وميزانيتها تخضع لنظم غير النظم التي تخضع لها الأفراد ( انظر في هذه المسألة بودي وبارد ١ فقرة ٥٠٩ - فقرة ٥١٠ - مجموع ٩ فقرة ٢٧٢ ) .

أما في مصر فقد صدر القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ ، وهو يقضي بعدم جواز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد من المبالغ التي يحكم عليها بردها للمولين . وقد أعلت محكمة النقض بتكس هذا الحكم فيما يتعلق بالفوائد المستحقة من المدة السابقة على تاريخ العمل بهذا القانون ، إذ قضت بأنه ما لم يوجد نص صريح يعني مصلحة الضرائب من الفوائد القانونية المطلوبة منها من المبالغ المحكوم عليها بردها لتسليمها من المولين بغير حق ، لا يجوز رفض طلب هذه الفوائد بحجة أن المصلحة المذكورة في تحصيلها للضرائب من المولين إنما تباهر سلطة عامة مقررة ضا بمقتضى القانون ، وتطبق نصوسا من مقتضاها أن يكون تحصيل الضرائب بموجب أووداد واجبة التنفيذ ، وأنه لا يترتب على دفع الدعوى بها من المصلحة أو من المول إيقاف استحقاقها إلا إذا صدر فيها حكم من المحكمة ، ومن ثم لا تسرى عليها أحكام القانون المدني ، بل تنطبق عليها أحكام القانون العام وهي لا تجيز مطالبة مصلحة الضرائب بالفوائد القانونية - ذلك بأن هذه الحقبة محدودة بأن التصور المشار إليها لا تمنى مصلحة الضرائب من الحكم عليها بالفوائد القانونية من تاريخ المطالبة عن كل مبلغ يقضى عليها برده للمول تعويضاً له عن حرمانه من الانتفاع بما أخذته بغير حق من تاريخ دفع دعواه حتى يوق له حقه كاملا . ولا عبرة في هذا الخصوص بحسن نية المصلحة عند جباية الضريبة متى كان قد ثبت المسحكة أنها حصلت من المول أكثر من استحقاقها ، وبذلك أصبح مركزها في هذا الشأن لا يختلف عن أى مدني... أما التحصن بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ المعدل المادة ١٠١ التي تنص به تعديلها على عدم جواز مطالبة مصلحة الضرائب بفوائد من المبالغ التي يحكم عليها بردها للمولين فردود بأنه لا تشريع مستحدث ليس له أثر رجعي ، فلا يسرى على الفوائد القانونية المستحقة من مدة سابقة على تاريخ العمل به ، بل يسرى فقط على الفوائد المطلوبة من مدة تالية لتفاديه ، ومن ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ إلى تاريخ العمل بهذا التشريع تكون الفوائد القانونية المستحقة على مصلحة الضرائب لا / ٤ / لا / ٥ / (نقض مدني =

قضائية<sup>(١)</sup> (demande, citation en justice). فلا يكفي مجرد إغذار المدعى كما كان ذلك يكفي في التعويض عن التأخير في غير القوائد التأخيرية<sup>(٢)</sup>. وهذا ما يقتضيه به صريح نص المادة ٢٢٦ إذ تقول : « وتسرى هذه القوائد (التأخيرية) من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها . وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره<sup>(٣)</sup> » .

= ٢٥ يريه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض رقم ١٩٢ ص ١٢٠١ - ٢٥ يريه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض رقم ١٩٧ ص ١٢٣٦ - ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض رقم ٩٨ ص ٦٠٣ - ٢٠ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض رقم ٦٧ ص ٥٣٢ .  
(١) استئناف غلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٢ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٩ ص ٣٨ .

(٢) استئناف غلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١١٠ - ١١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٥ .

(٣) وقد كان مذهب المحكم أيضاً في عهد التقنين الملقب السابق بنص صريح (م ١٨٢/١٢٤ - ١٨٤) : استئناف أصل ١١ مارس سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص ٣٢٩ - ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٧ للحقوق ١٢ ص ١٦٧ - وقارن : ١١ مارس سنة ١٩٢٤ المحل ٤٤ ص ٧٤٣ - استئناف غلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٣ م ١٦ ص ١٥ . وتعتبر مطالبة قضائية للطلبات الإنسانية وهماوى المدعى عليه وتدخل في الدعوى وإدخال خصم ثالث فيها (استئناف غلط ١٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٢) . وإذا كانت صحيفة الدعوى باطلة ، فإن القوائد التأخيرية لا تسرى (استئناف غلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٣٤ - المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤) . كذلك إذا سقطت الخصومة أو تركت (استئناف غلط ١٧ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٠ - وثيق القوائد سارية ما دلت صحيفة الدعوى قائمة : استئناف غلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٧ ص ١٣٢) . وإذا رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة فالغالب عند القضاء المصرى أن القوائد لا تسرى (استئناف غلط ٢ ديسمبر سنة ١٨٨٥ المحبوعة الرسمية للقضاء المخطوط ١١ ص ١٢ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٢٨ - ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧ - ١٠ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٨٣ - أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥٢) ، ولكن قضى بح ذلك بأن رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة ، كما يقطع التقادم ، يحمل القوائد تسرى (استئناف غلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٩ ص ١٣٤) . وللقضاء الفرنسى كان مستقراً على عدم سريان القوائد عند رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة وذلك عندما كان التقنين الملقى الفرنسى (م ١١٥٣) يشترط كالتقنين المصرى المطالبة القضائية لسريان القوائد ، ولكن بعد أن عدل التقنين الفرنسى في هذه المسألة بقانون ٧ أبريل سنة ١٩٠٠ فأصبح الإطوار كافياً لسريان القوائد ، أصبح طبيعياً أن يلعب القضاء الفرنسى إلى أن صحيفة الدعوى المرفوعة إلى محكمة غير مختصة تعدل الإطوار وتحمل القوائد تسرى (بودى وبارد ١ - ٥١١ - ٥١٥ - دمج ٦ - ٢٨٢ - ٣٩٤ - بلايول وريجر وروان ٧ - ٨٨٢ - ٨٨٦) .



ولا يمكن أن يطالب النائب المدين بالدين وحده مطالبة قضائية حتى يصرى القوائد التأخيرية من وقت هذه المطالبة . فالنص صريح في وجوب المطالبة بالقوائد التأخيرية ذاتها بالإضافة إلى الدين ذاته . وقد كانت هذه المسألة مخفقا فيها في عهد التقنين المدني السابق لعدم ورود نص صريح في ذلك<sup>(١)</sup> ، وقد ورد هذا النص في التقنين المدني الجديد فحسم الخلاف في ذلك<sup>(٢)</sup> .

وقد تشدد القانون في تحديد مبدأ سريان القوائد التأخيرية ، فجعلها من وقت المطالبة القضائية لامن وقت الإحراز ، واشترط أن تتضمنها هذه المطالبة ، وذلك تنكراً منه لربا كما سبق القول .

على أن هذا الحكم ليس من النظام العام . فيجوز للطرفين أن يتفقا على

= ولا يمكن لسريان القوائد التأخيرية التنبية (commandement) : استئناف مخطط ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ٣٨ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٤ — ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩٤ ص ٢٠٧ — ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٧٦ ، ولا يجوز ما قلنا لدى الغير إذا لم يطلب صفة المميز (استئناف مخطط ٩ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥) ، ولا طلب تقدير الأتعاب ، أو إعلان أمر التقدير مع التنبية بفتح الأصل مع القوائد (استئناف مخطط ٦ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٤٢ — ١٦ يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٧٢ — استئنافية الكلية المخططة ٢٢ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ١٦١ ص ٤١١) . ولكن تستحق القوائد مثل طلب التدخل في التوزيع أو في التفليسة (استئناف مخطط ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٢٥ — ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٨٥ — ١٤ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٥) .

(١) فن الأحكام ما كان يمكن بالمطالبة القضائية برأس المال فصرى القوائد التأخيرية من وقت هذه المطالبة ولو لم تتضمن ذكر هذه القوائد (استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ ص ٨٧٨ — أول يونيو سنة ١٩٣٧ الحاماة ١٩ رقم ٥٢٩ ص ١٤١٢ — إسنا ٢١ مايو سنة ١٩٢٧ الحاماة ٨ ص ٥٨٧ — لفظا الكلية ١٣ يناير سنة ١٩٣٦ الحاماة ١٨ رقم ١٢٧ ص ٢٤١ — محكمة مصر المخططة ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جوردنال دي مصر ٩ رقم ١١١٤ — قارن استئناف مخطط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٣ — ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٠٥) . ومنها ما كان يلزم إلى وجوب المطالبة القضائية بالقوائد التأخيرية ذاتها ولا تكن المطالبة برأس المال (استئناف أهل ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٣٠٤ — استئناف أسبوط ٩ يونيو سنة ١٩٤٩ المبعوضة الفرنسية ٥٠ ص ٢١١ — يني سويف ٣ فبراير سنة ١٩٢١ الحاماة ١ ص ٤٨٢ — جرجا ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٩ الحاماة ٩ ص ٩٠٦ — استئناف مخطط ٢٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٩ — ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٢ — ١١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٨)

(٢) انظر المذاكرة الإيضاحية للشروط المنهوية في مجموعة الأعمال المحضرة ٢ ص ٥٨٤

(٢٦ ٥٧ الرسيط — ٢٦)

خلاله ، وعلى أن تسرى القوائد التأخيرية من وقت الإصدار مثلا ، أو حتى من حلول أجل الدين دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إلى إعداز<sup>(١)</sup> . وهذا هو مايجب عادة عند ما يتفق الطرفان على سمر اتفاق القوائد التأخيرية ، فان اللذان يشترط على المدين أن تسرى هذه القوائد بالسمر الاتفاق من وقت حلول الدين دون حاجة إلى أى إجراء . ولذلك يكاد يكون شرط المطالبة القضائية بالقوائد التأخيرية مقصوراً على القوائد التأخيرية بالسمر القانونى ، حيث لا يوجد اتفاق ما بين اللذان والمدين على سمر هذه القوائد ، فيجب لسرياتها فى الأصل أن يطالب بها اللذان مطالبة قضائية .

كذلك قد يحدد العرف التجارى ميحاداً آخر غير وقت المطالبة القضائية لسريان القوائد التأخيرية . مثل ذلك الحساب الجارى ، فسرى أن القوائد تسرى فيه من وقت الخصم أو الإضافة ، دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعداز<sup>(٢)</sup> . وقد ينص القانون فى حالات خاصة على أن القوائد التأخيرية تسرى من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية ، فتسرى مثلا من وقت إعداز المدين ، أو من وقت حلول أجل الدين ، أو من وقت القيام بعمل معين . من ذلك ما نصت به الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مدنى من أنه : « للاحق للبائع فى القوائد القانونية من الثمن إلا إذا أهلك المشتري ، أو إذا سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » . فهنا تسرى القوائد التأخيرية من وقت إعداز المشتري أو من وقت تسليم المبيع إذا كان ينتج ثمرات أو إرادات أخرى<sup>(٣)</sup> . ومن ذلك ما نصت به المادة ٥١٠

---

(١) استئناف أهل ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٧ ص ١٢ — استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٥٧ — ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ٧٨ ص ١٩٧ — وقارن استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٠٠٣ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨١ .  
(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المادة ٣٣٠ مدنى ( ٤٥٨ جديد ) تجعل للبائع الذى سلم الدين ولم يسلم الثمن الحق فى القوائد إذا كانت الدين المبيعة تنتج ثمرات ، والمحكمة فى ذلك هى اجتماع المثلين فى به أحد المتألفين ، وهذه المحكمة نفسها متوافرة فى حالة ما إذا كان للمشتري دفع الثمن ولم يسلم الدين فيكون له الحق فى القوائد ، وذلك بطريق التفسير العكسى حادة ( ١٠ يونيو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٣٥٢ ص ١٧٩ ) .

مدنى من أنه « إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته في الشركة مبلغاً من النقود ولم يقدم هذا المبلغ ، لزمته فوائده من وقت استحقاقه ، من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعلار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق من تعويض تكميلي عند الاقتضاء » . فهنا أيضاً تسرى القوائد التأخيرية من وقت استحقاق الدين . ومن ذلك ما قضت به المادة ٥٢٢ مدنى من أنه ١ - « إذا أخذ الشريك أو احتجز مبلغاً من مال الشركة ، لزمته فوائده هذا المبلغ من يوم احتجازه ، بغير حاجة إلى مطالبة قضائية أو إعلار ، وذلك دون إخلال بما قد يستحق لشركة من تعويض تكميل عند الاقتضاء . ٢ - وإذا أمد الشريك الشركة من ماله ، أو أنفق في مصلحتها شيئاً من المصروفات النافعة عن حسن نية وتبصر ، وجبت له على الشركة فوائده هذه المبالغ من يوم دفعها » . فهنا تسرى القوائد التأخيرية لمصلحة الشركة من يوم أخذ الشريك مال الشركة أو احتجازه ، ولمصلحة الشريك من يوم مده الشركة بالمال أو إنفاق المصروفات النافعة . ومن ذلك ما قضت به المادة ٧٠٦ مدنى من أنه ١ - « ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه . ٢ - وعليه فوائده المبالغ التي استعملها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضاً فوائده ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعلنه » . فهنا تسرى القوائد التأخيرية في إحدى حالتين من الوقت الذي استخدم فيه الوكيل مال الموكل لصالحه ، وفي حالة أخرى من وقت الإعلار . ومن ذلك ما قضت به المادة ٧١٠ من أنه « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع القوائد من وقت الإنفاق ... » . فهنا تسرى القوائد التأخيرية من وقت إنفاق الوكيل ماله في تنفيذ الوكالة . وكالوكالة القضاة ، فيكون هرب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدتها القضاة لحسابه ، وأن يعرضه عن التعهدات التي ألزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها » ( م ١٩٥ مدنى ) . ومن ذلك أخيراً ما قضت به الفقرة الثالثة من المادة ٨٠٠ من أنه يكون « للكتيل الحق في القوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع » (١) .

---

(١) وهذه التصريحات أن أوردنا كثيراً منها عند الكلام في الإطارات لظنة حل حالات لا يغطي فيها القانون الإطارات لاستحقاق المصير من التأخير ، وليس القوائد التأخيرية =

### ٥-٣ - شروط استحقاق الفوائد التمويضية

٥٠٩ - منطبق الفوائد التمويضية : تختلف الفوائد التمويضية عن الفوائد التأخيرية ، كما قلنا ، في أن الأولى يلتزم بها المدين في مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون في ذمته للدائن ، أما الفوائد التأخيرية فهي ليست إلا تمويصاً عن التأخير في الوفاء بدلين هو مبلغ من النقود كما مر القول .

وأكثر ما تكون الفوائد التمويضية في التزام مبلغ مبلغ من النقود يكون مصدره العقد . والمثل المألوف في ذلك هو عقد القرض . فالمقرض ينفع بمبلغ القرض عادة في مقابل فائدة يدفعها للمقرض . وقد تجب الفوائد التمويضية في عقد البيع ، بأن يتفق المشتري مع البائع على تأجيل الثمن إلى ميعاد معين في مقابل أن يدفع المشتري فوائد عن هذا الثمن ، فتكون الفوائد هنا في تأجيل الثمن وليست فوائد تأخيرية . فإذا حل ميعاد دفع الثمن وتأخر المشتري في الوفاء ، بقيت الفوائد سارية طوال مدة التأخير ، ولكنها تنقلب في هذه الحالة إلى فوائد تأخيرية ، وإن كانت بنفس السعر الاتفاقي . وقد تجب الفوائد التمويضية في ودعة المصرف ، فمن أودع مصرفاً مبلغاً من النقود واشترط أن يتقاضى على الوديعة فوائد ، فهذه الفوائد تكون فوائد تمويضية . والفوائد التي يتقاضاها حامل السند هي أيضاً فوائد تمويضية عن مبلغ من النقود أقرضه صاحب الدخول للمدين به ، ومن ثم قصت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٥ بأنه إذا كان ترتيب الدخول يعقد من عقود المعارضة ، اتبع في شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التي تسرى على القرض ذي الفائدة .

والذي يميز الفوائد التمويضية أنها تكون فوائد عن مبلغ من النقود لم يحمل ميعاد استحقاقه ، فهو دين في ذمة المدين طوال الأجل ، ويدفع المدين في مقابل هذا الأجل - أي في مقابل بقاء هذا المبلغ في ذمته والانتفاع به - الفوائد التمويضية

٥٠٩ - إلا صورة من صور التمويص عن التأخير ( انظر آتفا فقرة ٤٦٦ في المجلد ١ ) . وانظر في تصورين للدين السابق التي كانت تنفي بريان الفوائد التأخيرية من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية الموجز لملف فقرة ٤٥٢ ص ٤٥١ - ص ٤٥٢ .

التي يتفق عليها مع الدائن . أما إذا حل أجل استحقاق الدين ، ولم يوفه المدين ، فإن الفوائد التي تظل تسرى بعد حلول الأجل إلى أن يتم الوفاء ، تنقلب إلى فوائد تأخيرية ، لأنها تعتبر عندئذ بمثابة تعويض عن تأخر المدين في الوفاء بالتزامه (١) . ومن ثم يندر أن توجد حالة تستحق فيها فوائد تعويضية عن مبلغ من النقود لا يكون مصدره المقد ، فإن الدين الذي يكون مصدره غير العقد ينشئه القانون منجزاً من وقت أن ينشأ ، فما عسى أن يستحق عليه من الفوائد بعد حلوله إنما تكون فوائد تأخيرية . والمقد - أو التصرف القانوني بوجه عام - هو الذي ينشئ الدين إلى أجل ، ويرتب عليه فوائد تعويضية طوال مدة هذا الأجل (٢) .

(١) وقد اختلف الفقهاء في فرنسا في هذه المسألة . فبعضهم يرى أن الفوائد الانتقالية تبقى سارية بعد حلول أجل الدين إلى يوم الوفاء ، وهذا هو الرأي الذي نأخذ به (لوران ٢٦ فقرة ٥١٦ - بودوي وبارد ١ فقرة ٥٠٦) ، وسببهم من يرى أن الفوائد الانتقالية تنتهي سريانها بحلول أجل الدين ، ولا تستحق الفوائد التأخيرية إلا من يوم الإبطار (المطالبة القضائية في مصر) (بلابول وريبير ١١ فقرة ١١٦٣ - فقرة ١١٦٤ - دي باج ٣ فقرة ١٤٣) . حل أنه يلاحظ ، من الناحية العملية ، أن هذا الخلاف لا محل له . ذلك أن المقرض إذا افترض سراً لفائدة ، فهو في الوقت ذاته قد اشترط - ما لم يظهر عكس ذلك في وضوح - أن يكون هذا السر الاتفاق هو أيضاً سر الفوائد التأخيرية وأنه يسرى من وقت حلول أجل المقرض لا من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت الإبطار .

(٢) حل أنه يمكن ، في ضوء من التحوير ، أن تصور فوائد تعويضية من مبلغ من النقود لا يكون مصدره العقد في القرض الآتي : يلتزم المالك بأن يرد السائر ما أنفق من المصروفات طبقاً لقواعد قررتها المادتان ٩٨٠-٩٨١ مدني ، وهذا الالتزام مصدره غير المقد . ثم تنص المادة ٩٨٢ حل أنه يجوز للقاضي ، بناء على طلب المالك ، أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين . وله أنه يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . والمالك أن يحتل من هذا الالتزام إذا هو محل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط خصوصاً منها فوائد لها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها . وهذا النص ، إذا فسر حل أنه تأجيل لاستحقاق الدين حكم به القاضي ، فإن القاضي يكون قد لاحظ في ذلك أن يضيف المصروفات فوائد تعويضية - بالسعر القانوني - حتى إذا رأى المالك أن يجعل الدفع خصم هذه الفوائد كما يقضي للنص بذلك . فهنا استحققت فوائد تعويضية من مبلغ من النقود مصدره غير المقد .

وهناك فرض آخر نصت عليه المادة ١٨٢ مدني . فقد نصت بأنه ١٥ - يصبح كذلك لستداد غير المستحق إذا كلف الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الحق جاهلاً تمام الأجل . ٢ - حل أنه يجوز للقاضي أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء الممحل في حدود ما حق المدين من ضرر . فلذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقرماً ، ألزم المدين أن يرد للمدين فوائدها -

٥١٠ - سرر استحقاق الفوائد التعويضية - الاتفاق مع المدين :

والقوائد التعويضية، على النحو الذى قلناه، لا تستحق إلا باتفاق بين الدائن والمدين . فالمقرض لا يدفع فوائد تعويضية عن مبلغ القرض إلا إذا اتفق على ذلك مع الدائن، وقد نصت المادة ٥٤٢ مدنى على ما يأتى : « على المقرض أن يدفع القوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر » . والمشتري لا يدفع فوائد تعويضية عن الثمن المؤجل إلا إذا اتفق على ذلك مع البائع<sup>(١)</sup>.

فاتفاق الدائن مع المدين هو الشرط فى استحقاق القوائد التعويضية . وهذا الاتفاق ذاته يحدد أيضا سعر هذه القوائد ، على ألا يتجاوز الحد الأقصى الذى قرره القانون والذى سيأتى بيانه . ونرى من ذلك أن القوائد التعويضية لا يمكن أن تكون إلا بسعر اتفق، وليس لها سعر قانونى . أما القوائد التأخيرية فقد رأينا أن سعرها قد يكون سعراً قانونياً وقد يكون سعراً اتفاقياً<sup>(٢)</sup>.

---

« بسعر قانونى أو الاتفاقى من المدة التالية لحلول الأجل » . لهذا نلزم الدائن الذى جبل له الرقود بفتح أن يدفع للمدين الذى جبل الرقود فوائد تعويضية من المبلغ الذى جبل الرقود به ، والمصدر الذى نلزم به هذا ليس هو المقعد .

ولا شك أن هذا قلناه تحويراً للقوائد التعويضية يدل على مبلغ المسبوبة فى تحقيق فرض تستحق فيه هذه القوائد عن مبلغ من النقود لا يكون مصدره المقعد . ويلاحظ أنه إذا استسلم هذا المقرضان ، لم يكن أن يكون القوائد التعويضية سعر قانونى ، مع أن هذه القوائد لا تكون إلا بالسعر الاتفاقى كما سرى .

(١) أما مادرتة المادة ٥٥٨ مدنى من أن البائع الحق فى القوائد القانونية من الزل إذا أخل المشتري أو إذا سلم الشيء وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، فيقصد به حل البائع فى استيفاء فوائد تأخيرية عن ثمن حل مباد الرقود به .

(٢) وقد جلد فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد ما يأتى : « كان من أثر الإشتاق من مطالب الرها أن حد التشريع فى أكثر الدول ، لا إلى تحديد سعر القوائد التى تستحق من التأخير فى الرقود فحسب ، بل وكذلك إلى تحديد هذا السعر بالنسبة لسائر ضروب القوائد . فالأولى ، اتفاقية كانت أو قانونية ، تقترض حلول أجل الرقود بالمدين ، وترصد على تعويض الفسود المتأخر من التأخير فى هذا الرقود . أما الثانية فتقترض أن المدين لم يجل ، وأن القوائد هى اتفاقية دائماً لا اشتراطت كقابلية فى محاولة من الممارسات . فليس لفائدة رأس المال إلا سعر واحد هو سعر الاتفاقى ، فى حين أن فوائد التأخير لها سعران : أحدهما اتفاقى والآخر قانونى (مجموعة الأعمال المصرفية ٢ ص ٥٨٢ - ص ٥٨٣) . »

## الفرع الثاني

### مقدار الفوائد كما حددها القانون

٥١١ - سعر الفائدة ومبررات انخفاضها والزيادة : يتدخل القانون ،

كما مر القول ، فيحدد الفائدة : السعر القانوني والحد الأقصى للسعر الاتفاق .  
وقد أجاز التقنين المدني الجديد - كراهية منه في الربا - النزول عن  
الحدود المقررة في حالات معينة ، ولكنه أجاز من ناحية أخرى ، وفي حالات  
معينة أيضاً ، الزيادة على هذه الحدود .

فنتعرض : (أولاً) سعر الفائدة (ثانياً) جواز النزول عن الحدود المقررة  
وجواز الزيادة عليها .

## المبحث الأول

### سعر الفائدة

٥١٢ - سعر الفوائد التأخيرية : رأينا أن سعر الفوائد القانونية إما  
أن يكون سعراً قانونياً وإما أن يكون سعراً اتفاقياً .

فالسعر القانوني في المسائل المدنية هو  $\frac{1}{4}$  ، وفي المسائل التجارية هو  $\frac{1}{5}$  ،  
وبهذا قضت المادة ٢٢٦ مدني على عامر . وقد كان السعر القانوني في عهد التقنين  
المدني السابق ، طبقاً للمرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ،  
هو  $\frac{1}{5}$  في المسائل المدنية و  $\frac{1}{6}$  في المسائل التجارية . فخفض التقنين المدني  
الجديد السعر القانوني ، في الحالتين ، بمقدار  $\frac{1}{6}$  (١) ، ويعبر ذلك عما أسفرت

---

(١) وقد تقدم أن السعر القانوني في التقنين المدني السابق كان في مبدأ الأمر  $\frac{1}{7}$  في المسائل  
المدنية و  $\frac{1}{9}$  في المسائل التجارية . ثم خفض هذا السعر المرتفع إلى  $\frac{1}{5}$  و  $\frac{1}{7}$  بالأمر لهيئة  
المصادر في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ . ثم خفض السعر في المسائل التجارية إلى  $\frac{1}{6}$  بالمرسوم  
بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ (أنظر آتياً فقرة ٥٠٢ في المحل).

عنه الظروف الاقتصادية ، من وجوب تخفيض كل من السعر القانوني والسعر الاتفاقي ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى<sup>(١)</sup>. والبرة بالمدين في تمييز بين المسائل المدنية التي يكون سعرها ٤٪ والمسائل التجارية التي يكون سعرها ٥٪. فإذا كان المدين خبير تاجر ، فالغالبية تحسب بالسعر القانوني في المسائل المدنية - ٤٪ - حتى لو كان الدائن تاجراً والعملية تجارية<sup>(٢)</sup>. ويلاحظ أن السعر القانوني الجديد ، وهو السعر المخفض ، يسرى من وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩. فالقوائد القانونية المستحقة ابتداء من هذا التاريخ على مبالغ من النقود تحسب بسعر ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية ، حتى لو نشأت الديون عن عقود أبرمت أو وقائع حدثت قبل هذا التاريخ<sup>(٣)</sup>.

أما السعر الاتفاقي للقوائد التأخيرية فيجب ألا يزيد على ٧٪ ، وقد يكون أقل من ذلك ، بل قد يكون أقل من السعر القانوني ، حسب الاتفاق الذي يتم بين الدائن والمدين . وهذا الحد الأقصى للسعر الاتفاقي قرره المادة ٢٢٧ الفقرة

١ - أما في فرنسا ، فقد جيل قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ السعر القانوني ٥٪ في المسائل المدنية و ٦٪ في المسائل التجارية ، ثم خفض هذا السعر إلى ٤٪ و ٥٪ بقانون ٧ أبريل سنة ١٩٠٠ ، ثم أميد إلى ٥٪ و ٦٪ بقانون ١٨ أبريل سنة ١٩١٨ ، ثم رجع إلى ٤٪ و ٥٪ بمرسوم بقانون في ٨ أغسطس سنة ١٩٣٥. والسعر القانوني في الجزائر هو ٥٪ في كل من المسائل المدنية والمسائل التجارية (انظر بلانويول وريبير ووردوان ٧ فقرة ٨٧٨ ص ٢٠٩ - سويرى هؤلاء الفقهاء أن الأولى هو أن يحسب السعر القانوني تاباً لسعر الخصم *taux de l'escompte* في بنك فرنسا : جزء ٧٥ فقرة ٨٧٨ ص ٢١٠) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢ ٥٨٣ . وقد جاء فيها : « وقد كان في الوسخ ترك أمر تحديد سعر القوائد لتشريع خاص ، حل غرار ما فعلت بعض التشريعات الأجنبية . بيد أنه ودى من الأنسب أن يبقى المشروع حل تقاليه البلاد التشريعية ، وقد استقرت من عهد غير قريب حل إيكال هذا التحديد إلى نصوص التقنين المدنى ذاته . ولعل هذا الوضع أدى إلى تيسير التسجيل بإجراء التخفيض الذى تقدمت إليه الإدارة ، ولا سيما بعد أن ألحقت حل البلاد دواجمه (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢ ٥٨٣ - ص ٥٨٤) .

(٢) استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ الحاماة ٣٠ رقم ١٠٨ ص ٢٩٩ .

(٣) وطأ هو نفس ما قرره المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ متصا بخفض هذا المرسوم بقانون السعر القانوني في المسائل التجارية من ٧٪ إلى ٦٪ - أنظر أيضاً بودوى وبلود ١ فقرة ٩٩٦ مكررة - دوبييه في تنازع القوانين بالنسبة إلى الزمان جزء ٢٠ سنة ١٩٣٢ فقرة ٧٨ و فقرة ٨٧ .



الأولى حل ما رأينا ، وتسمى فيه المسائل المدنية والمسائل التجارية . وقد كان  
البحر الاتفاقي في عهد التقنين المدني السابق ، بمقتضى المرسوم بقانون الصادر في  
١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو  $\frac{1}{8}$  يجوز تخفيضه بمرسوم إلى  $\frac{1}{7}$  ،  
ولكنه لم ينخفض حتى صدر التقنين المدني الجديد فتولى هذا التخفيض (١) .  
وبلاحظ أن السعر الاتفاقي الجديد ، وهو السعر المنخفض ، يسرى هو أيضاً من  
وقت سريان التقنين المدني الجديد ، حتى بالنسبة إلى العقود التي أبرمت قبل هذا  
الوقت ، لأن سعر الفائدة يعتبر من النظام العام . فإذا اتفق الدائن والمدين ،  
قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، على أن تكون سعر الفوائد التأخيرية  
هي  $\frac{1}{8}$  وفقاً للمرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ، وبقيت هذه  
هذه الفوائد التأخيرية سارية إلى ما بعد نفاذ التقنين الجديد ، فانها تحسب بسعر  
 $\frac{1}{8}$  إلى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم تحسب ابتداء من يوم ١٥ من

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « وقد جعل المرسوم بقانون رقم ٢٠  
لسنة ١٩٣٨ ، المدل لأحكام المادتين ١٢٤ — ١٢٥/١٢٦ — ١٨٥ من التقنين المالي  
(السابق) ، الحد الأقصى لسعر الفوائد الاتفاقية  $\frac{1}{8}$  مع جواز تخفيضه إلى  $\frac{1}{7}$  بمقتضى  
مرسوم . حل أن المشروع آخر أن يحقق هذا التخفيض فور الوقت إزاء ما أسفرت عنه الظروف  
الاقتصادية ، فجعل الحد الأقصى لسعر  $\frac{1}{7}$  » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣) . وقد  
قدمنا أن السعر الاتفاقي في التقنين المدني السابق كان في مبدأ الأمر  $\frac{1}{12}$  ، ثم خفض إلى  $\frac{1}{9}$  .  
بالأمر العالي الصادر في ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ ، ثم إلى  $\frac{1}{8}$  يجوز تخفيضها إلى  $\frac{1}{7}$  بالمرسوم  
بقانون الصادر في ١٩ مارس ١٩٣٨ .

أما في فرنسا ، فقد جعل قانون ٣ سبتمبر سنة ١٨٠٧ السعر الاتفاقي كالسعر القانوني  $\frac{1}{5}$  .  
في المسائل المدنية و  $\frac{1}{6}$  في المسائل التجارية . وقد أُلغى قانون ١٢ يناير سنة ١٨٨٦ الحد الأقصى  
للسعر الاتفاقي في المسائل التجارية . ثم أُلغى قانون ١٨ أبريل سنة ١٩١٨ الحد الأقصى لسعر  
الاتفاقي في المسائل المدنية إلغاء موقتاً ، مع جواز العودة إلى حد أقصى بمقتضى مرسوم . حل أن  
المرسومين بقانون المصادرين في ٨ أغسطس و ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ وضعاً مقبولة جنائية حل  
الأقراض بالرأيا الفاضل ، ويكون الرأيا فاضلاً إذا زادت الفوائد حل المتاد تقاضيه ، في  
المعاملات الماثلة في مخاطرها (mêmes risques) ، بأكثر من النصف ، وفي هذه الحالة تنخفض  
الفوائد إلى السعر المتاد تقاضيه ، ويضم ما دفع زائداً من الفوائد بالسعر المتاد ثم من رأس  
المال ، فلذا كان المدين قد انقضى مع فوائده ، رد إلى المدين ما دفعه زائداً به ذلك مع فوائده  
من يوم الدفع (انظر بيدان ولاجاره ٨ فقرة ٥٨٨ ص ٤٢٧ — بلانول وريجر ورومان ٧  
فقرة ٨٨٢) .

شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ بمر ٧ / وفقاً لأحكام التقنين الجديد<sup>(١)</sup>.

٥١٣ - سعر الفوائد التعويضية : ليس للفوائد التعويضية إلا سعر واحد هو السعر الاتفاقى ، كما قلنا . والحد الأقصى للسعر الاتفاقى للفوائد التعويضية هو نفس الحد الأقصى للسعر الاتفاقى للفوائد التأخيرية . وهذا تقضى . كما رأينا ، الفقرة الأولى من المادة ١٢٧ إذ تقول : « يجوز للمتعاقد أن يتفقا على سعر آخر لفوائد ، سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على ٧ / ١٠ » . والحالة الأخرى ، غير حالة تأخير الوفاء ، التى تشترط فيها الفوائد هى حالة الفوائد التعويضية ، كما سبق القول . وقد كان الحد الأقصى للسعر الاتفاقى للفوائد التعويضية فى عهد التقنين المدنى السابق ، وفقاً للمرسوم بقانون الصادر فى ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨ ، هو ٨ / ١٠ ، أى نفس الحد الأقصى للسعر الاتفاقى للفوائد التأخيرية ، وقد خفض إلى ٧ / ١٠ لنفس الأسباب . ويسرى السعر

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٤ . وسنعود إليها فيما يلى : وانظر حكم ذلك دوبييه فى تنازع القوانين بالنسبة إلى الزمان جزء ٢ سنة ١٩٣٣ فقرة ٧٨ وفقرة ٨٧ . وانظر بنوع خاص انتقاده لفكرة أن التشريع الذى يعتبر من النظام العام يكون له أثر رجعى أو أثر فورى بالنسبة إلى العقود القائمة وقت نفاذه إذا كانت هذه العقود قد أبرمت قبل ذلك ( فقرة ٨٧ ) . وأغلب الفقه الحديث فى فرنسا من رأى الأستاذ دوبييه . حل أنه حتى يفرض التسليم بأن التشريع الذى يعتبر من النظام العام ليس له أثر رجعى أو أثر فورى ، فإنه يجب أن الأستاذ دوبييه نفسه يميز بين تشريع يتصل بالمراكز التعاقدية ( régime du contrat ) وتشريع يتصل بالمراكز القانونية ( statut légal ) ، ويجعل التشريع الذى يتصل بالمراكز القانونية أثراً فورياً . ثم هو يفرق بين السعر القانونى لفائدة والسعر الاتفاقى ، لجعل الأول متصلاً بمركز قانونى ويجعل الثانى متصلاً بمركز تعاقلى ( انظر جز ٢ فقرة ٨٧ ص ١٢٠ ) . ولا نرى مبرراً لهذه التفرقة ، فكل من السعر القانونى والسعر الاتفاقى يتصل اتصالاً مباشراً بمركز قانونى هو نظام الديون ( régime des créances ) . ذلك أن القانون فى الأصل لا يجعل الدين متبجاً لفوائد ، إلا إذا طالب بها الدائن أو اتفق عليها مع المدين ، وفى الحالتين يفسخ القانون حدوداً لسعر هذه الفوائد ، وسواء كان هذا السعر قانونياً أو كان اتفاقياً فإنه يتصل بمركز قانونى نظمه القانون ، ومن ثم يجب أن يكون لأى تشريع يتصل بهذا المركز القانونى أثر فورى . فإذا قلت اجازيات تحول دون هذا الأثر الفورى ، وجب أن ينص المشرع حل أن التشريع الجديد لا يسرى على العقود القائمة وقت نفاذه ، ولا يسرى إلا على العقود التى تبرم بعد ذلك ، وهذا ما فعله المرسوم بقانون الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ .

الاتفاق الجديد ، وهو السعر المنخفض ، من وقت سريان التفتين المدف المجدد ، حتى بالنسبة إلى العقود التي أبرمت قبل هذا الوقت . فاذا اقترض شخص قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ مبلغاً من النقود بسعر ٨٪ ، وكان ميعاد حلول أجل القرض بعد يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فانه يؤدي الفوائد بسعر ٨٪ إلى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم بسعر ٧٪ ابتداء من يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ <sup>(١)</sup> .

(١) وقد كان المرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ يتضمن حكماً مخالفاً لهذه القواعد العامة ، يقضي بعدم سريان السعر المنخفض أو السعر المرفوع على العقود المبرمة قبل تخفيض السعر أو رفعه . حتى لو كانت هذه العقود تبت سارية إلى ما بعد التخفيض أو الرفع ( انظر آنفاً فقرة ٥٠٣ في الماش ) ، ومن ثم قنست محكمة الاستئناف المختلطة بأن تخفيض الفوائد إلى ٨٪ ليس له أثر رجعي ( ١٣ يونيو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٢٠ ) .

وقد طبقت المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى القواعد العامة تطبيقاً صحيحاً إذ تقول : « وبديهي أن أثر هذا التخفيض لا يستند إلى الماضي ، فيظل السعر المقرر بمقتضى التصوص الحالية ( السابقة ) قائماً إلى تاريخ العمل بأحكام التفتين الجديد . أما بعد هذا التاريخ فتطبق الأحكام الخاصة بالسعر الجديد ، حتى بالنسبة للعقد التي تمت من قبل ، اتفاقية كانت الفوائد أو قانونية ( قارن المذكرة الإيضاحية للرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ) » ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٥٨٤ ) .

وأعلنت محكمة النقض بهذا الحكم ، إذ قضت بأن الدفع بأن سعر الفائدة المفضى بها يجب ألا يزيد على ٧٪ بعد العمل بالقانون المدف الجديد وفقاً للمادة ٢٢٧ من مطلق بالنظام العام ، ومن ثم يجوز إبداءه لأول مرة أمام محكمة النقض . والمذ الأقصى لفائدة التي يجوز الاتفاق عليها قانوناً هو من قواعد النظام العام ، فصرى السعر المنخفض من تاريخ العمل بالقانون المدف الجديد القاضي بتخفيضه ، أي ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، حتى على الاتفاقات السابقة على هذا التاريخ . ويؤيد هذا النظر ماورد في هذا الخصوص في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى المشار إليه . وإذن في كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون عليها بعد العمل بالقانون المدف الجديد بفائدة سعرها ٨٪ ابتداء من أول سبتمبر سنة ١٩٤٦ . لكن الوفاء ، فان هذا الحكم يكون قد خالف المادة ٢٢٧ من القانون المذكور في خصوص المدد تلاحقة للعمل به ، ويتعين نقضه ، وتخفيض سعر الفائدة إلى ٧٪ ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حتى تمام الوفاء (نقض مدف ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦١ ص ١٢٠٨) . أنظر عكس ذلك أصول القانون للأستاذ أحمد حشمت أبرستيت والمؤلف سنة ١٩٤١ ص ١٩٥ ، وقد ميز ( ص ١٩٨-١٩٩ ) بين التصوص التي يقصد بها حماية مصلحة عامة كالتقانون الذي يطى للأوراق المصرفية سراً جبرياً ، والتصوص المستجرة من النظام العام ولكنها تحمي مصالح خاصة كالتقانون الذي يخفض المد الأقصى لفائدة فلا تؤثر في العقود التي تمت قبل صدورها . =

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧: «كما رأينا، على أن كل حيلة أو منفعة، أيا كان نوعها، اشترطها الدائن، إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره، تعتبر فائدة مستترة، وتكون قابلة للتخفيض، إذا ما ثبت أن هذه الصولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أدائها ولا منفعة مشروعة». وهذا النص مأخوذ من المرسوم بقانون الصادر في ١٩ من شهر مارس سنة ١٩٣٨، وقد أضافته لجنة المراجعة فقرة ثانية للمادة ٢٢٧. ولا يحتفظ النص الجديد عن أصله إلا ثم أمرين: (١) وقع تحريف لفظي في النقل عن الأصل، فقد ورد في آخر النص الجديد عبارة «ولا منفعة مشروعة»، وصحتها: «ولا نفقة مشروعة». كما ورد في الأصل، وبذلك يستقيم المعنى. (٢) عين المرسوم بقانون من يحمل عبء إثبات أن العمولة أو المنفعة هي فائدة مستترة فجعله المدين، أما في التضمن المدين الجديد فقد استبدلت عبارة «إذا ما ثبت أن...» بعبارة «إذا ما أثبت المدين أن...»، وبذلك يكون تعيين من يحمل عبء الإثبات خاضعاً للقواعد العامة<sup>(١)</sup>. ويبدو أن

== ويذهب الأستاذ سليمان مرقس (موجز المدخل العلوم القانونية سنة ١٩٥٣ ص ١٢٤ — ص ١٢٥ — المدخل العلوم القانونية سنة ١٩٥٢ ص ١٦٥ — ص ١٦٦) إلى أن العبارة في مريان النص: «تخفيض السعر بتاريخ الاتفاق»، «لأن الحكمة — كما يقول — من أصل وضع هذه المادة وما كان يقابلها في التضمن الملقى إنما هي منع استغلال الدائن حاجة المدين وضعه وقت التعاقد، لا التخفيف عن عائق المدينين الذين سبق أن التزموا بفوائده. ويظهر ذلك جلياً من عبارة هذه المادة حيث تقول أنه: يجوز للمتاعين أن يتفقا على سعر آخر لفوائده... على ألا يزيد هذا السعر على ٧٪، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى ٧٪ وتعين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار — ولو قصد الشارع غير ذلك، لغير منه كما عبر في المادة ٢٢٢ بقوله: لا يجوز تقاضي فوائده على متعبد الفوائد، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال... وإذن فالذي يتحقق بالنظام العام في هذا النص هو منع حصول الاتفاق على فوائد تزيد من السعر المقرر، فلا يبرى ذلك إلا على المقدار التي يحصل الاتفاق عليها بعد صدور تلك القوانين. — ولا نحسب أن المشرع قصد المناهضة في الحكم بين عدم جواز الاتفاق على سعر يزيد على ٧٪ وعدم جواز تقاضي فوائد على متعبد الفوائد، فبعد أنه أصلاً تعبيران مختلفين، فقال في الحالة الأولى «فإذا اتفقا...» وقال في الحالة الثانية «لا يجوز تقاضي...». ففي الحالتين أراد المشرع ألا يجيز تقاضي فوائد بسعر يزيد على ٧٪ وألا يجيز تقاضي فوائد على متعبد الفوائد. والتصان — بهذا المعنى — حكمهما واحد من حيث اتصالهما بالنظام العام.

(١) انظر تاريخ نص المادة ٢٢٧ آنفاً فقرة ٥٠٢ في الحاشي — وانظر مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٥٨٦.

القواعد العامة لا تختص بما كان المرسوم بقانون يقضى به ، فعليه الإثبات بحمله  
المدين وعليه أن يثبت أن العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن  
قد أدائها ولا نفقة مشروعة يكون الدائن قد صرفها ، لأن المدين إنما يطعن  
بالصورة فيها اتفق عليه مع الدائن ، ويتسلك بأن حقيقة العمولة أو المنفعة هي  
فوائد ربوية ، فهو الذي يحمل عبء الإثبات (١) ، ولكن له أن يثبت ذلك  
بجميع الطرق ، ولو بالينة والقرائن ، وفقاً للقواعد العامة في الإثبات (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان يؤدي الحكم المطعون فيه هو أن العمولة والمصاريف  
التي اقتضتها الشركة المضمون عليها من الطاعن كانت مقابل خدمات حقيقية ومشروعة قامت بها  
تنظيماً لمعقد الاتفاق المبرمة بينهما ، ولم تكن فوائد ربوية مستفزة ، فإنه يكون في غير محله  
التمسك بهذا الحكم بأنه أجاز الاتفاق على فوائد ربوية مخالفة للقانون (نقض مدني ٢١ مايو  
سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٢ ص ١٠٣٧) . وليس الحكم صريحاً في تحصيل  
المدين أو الدائن عبء الإثبات .

(٢) هذا وقد صدر مرسوم بقانون آخر (رقم ٢٢) في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ، لا يزال  
معمولاً به حتى اليوم ، بشأن سير البيوروات المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات .  
وهو يقضى بأنه لا يجوز أن يزيد مقدار الفائدة السنوية على الحد المقرر للقائدة التي يجوز  
الاتفاق عليها والمبين بالمادة ١٨٥ من القانون المدني المختلط والمادة ١٢٠ من القانون المدني  
الأهل . ويجوز فضلاً عن ذلك تحصيل فوائد تشمين وقياس وتخزين ، ولا يجوز أن يزيد مقدار  
هذه العوائد على ١/٤ إذا كانت السلفة أقل من ٢٥٠ قرشاً ولا على ١/٣ إذا زادت على ذلك .  
ويكون تحصيل هذه الرسوم باختيار سنة كاملة مما كانت مدة السلفة . ولا تسري أحكام هذا  
المرسوم بقانون على القروض المعقودة قبل تاريخ العمل به — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية  
للمشروع التمهيدى في هذا الخصوص ما يأتي : « ويلاحظ أن نص المشروع في هذا الشأن لا يمس  
أحكام المرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٣٨ المعدل للأمر الصادر في ٢٤ ديسمبر  
سنة ١٩٠٠ بشأن سير البيوروات المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات ، فيما يتعلق بتحويل  
هذه البيوروات حق اقتضاء فائدة إضافية في مقابل نفقات التشمين والقياس والتخزين » ( مجموعة  
الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٣ ) .

وقد تجتمع حليتان في عقد واحد ، فيزيد مجموع ما اشترط فيما على السر المسحوق به قانوناً ،  
ومع ذلك يكون كل من المبلتين صحيحاً لاستقلال كل عملية عن الأخرى ، ولعدم مخالفة  
القانون في أي منهما . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأن تعليق القرض والتعهد  
بعمل شيء — وهو توريد أثمان بشروط معينة — هما حليتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى ، جائزتان  
قانوناً ، ولا يفسرهما حصولهما بعقد واحد . ولا محل للقول بأنه إذا أصبحت القرامة المشتركة  
في حصة عدم القيام بالوفاء بالتعهد بالتوريد إلى قائدة عملية القرض الأولى جاوزت القائدة إلى  
المسحوق به قانوناً ، لأن التبرع المتفق عليه بعقد التوريد هو نظير ما ظهرت التصهد له (البنك) —

٥١٤ - جزه مجلورة سمر الفاترة : وقد قضت البارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٢٢٧ مدنى بأنه إذا اتفق الدائن والمدين على فوائد تأخيرية أو تعويضية تريد على الحد الأقصى للسعر الاتفاقى ، فانه يجب تخفيضها إلى ٧/١٠ ، ويصين رد ما دفع زائلاً على هذا القدر . وللمدين الذى يريد أن يسترد الزيادة أن يقيم الدليل على الربا الفاحش بجميع طرق الإثبات (١) .

١ - من المنفعة بسبب عدم توريد الأثمان ، لأنها إذا وردت نشأت عنها حيلة أخرى هي اعتماد بحساب جارى بتأمين هذه الأثمان يلتزم به البنك قبل السيل أن يقرضه قرضاً جديداً ، والبنك أمام هذا الالتزام يرد من أمواله مبلغاً موازياً بنسبة معينة من قيمة الضائع انتظاراً لقيام هذا العهد ، لإعادل المعدل بالتوريد يفتوت على البنك الانخفاض باستخدام ماله واستغلال شونه ( استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٢٥ ص ١٠٣٥ ) .

(١) وقد قضى بأنه لما كان الربا الفاحش مخالفاً النظام العام ، جاز أن يثبت بكل طرق الإثبات ، بما في ذلك البيئة والقرائن ( استئناف مخطط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٧٨ - ملط الجزية ٢٩ فبراير سنة ١٩٠٣ المحموعة الرسمية ٤ ص ٢١٥ ) ، وقد ثبت أن هناك ربا فاحشاً ، انتقل منه الإثبات إلى الدائن ، وعليه أن يثبت المقدار الحقيقى للقرض ( استئناف مخطط ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٨٥ ) . وتبحث المحاكم فيما إذا كانت العقود تفصل على ربا فاحش ، وذلك كيلا كانت مادية هذه العقود وشكها ( استئناف أهل ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٥٤ ) . فلذا انتفع لما أن عقد قرض بفوائده فاحشة متى يمس بقصد إعفاء الربا ، وجب عليها اختيار العقد بحسب حقيقته وتوزيع الفوائد القرائنة المضافة إليه ( رشيد ١٥ يناير سنة ١٩١٨ قسراتع ٤ ص ٢٧٨ ) . وإذا قبض المؤجر من المستأجر مبلغاً من المال وقت تحرير عقد الإجارة على أن يؤجر له الأطيان بأجرة هي دون القيمة ، وثبت المحكمة أن عقد الإيجار ماهو الحقيقى إلا عقد تأمين على قرض ، وأن الفرق بين الأجرة المنفق عليها وما تساهبه العين المؤجرة هو ربا فاحش للمبلغ المقرض ، جاز المحكمة أن تلتفى الإجارة وتلتزم المستأجر برد العين المؤجرة ودفع أجرة تقدرها من مدة وضع يده عليها ، وتقتضى حل المؤجر برد المبلغ الذى تسلمه عند تحرير العقد مع فوائده بواقع ٩/١ ( استئناف أهل ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٨ المحاماة ٦ ص ٨٥٧ ) . انظر أيضاً ربا فاحشاً في صورة حولة ( استئناف أهل أول ديسمبر سنة ١٩١١ المحموعة الرسمية ١٢ ص ٢٢٤ ) ، وفي صورة رهن ( استئناف أهل ٢٣ مايو سنة ١٩١١ المحموعة الرسمية ١٢ ص ٢٢٤ ) ، وفي صورة غارقة ( أميوط ٧ مارس سنة ١٩١١ المحموعة الرسمية ١٢ ص ١٦٢ ) . انظر أمثلة أخرى لعقود تخفى ربا فاحشاً في القضاء المخطط : استئناف مخطط ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ - ١٥ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ - ٣٣٧ - ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٤ ) . وانظر في وجوب عدم الانكسار على استحالة طنة الربا الفاحش ، بل يجب في هذه الحالة أن تحيل المحكمة الدعوى على التحقيق ليثبت للمدين أن هناك ربا فاحشاً : تقضى ملف ١٢ مارس سنة ١٩٠٣ مجموعة أحكام لتقضى ٤ رقم ٩٨ ص ٦٤٦ ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم في قسم الإثبات .

والمتقيض إلى الحد المقرر في القانون لا يقتصر على البحر الاتفاق ، بل يتناول أيضاً على سبيل القياس البحر القسائوني . فإذا دفع المدين للدائن فوائد قانونية بسعر يزيد على ٤ أو ٥ ٪ ، فإن القوائد تخفض إلى هذا السعر ، ويسترد المدين ما دفعه زائداً . ويندر أن تقع الزيادة في السعر القانوني ، والغالب أنها تقع في السعر الاتفاق ، ولذلك ورد النص في هذا السعر الأخير .

وقد كان تخفيض السعر إلى الحد المقرر قانوناً هو أيضاً جزاء مجاوزة سعر الفائدة في عهد التقنين المدني السابق . أما رد ما دفع زائداً فقد كان مختلفاً فيه <sup>(١)</sup> ، فحسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف إذ نص صراحة على وجوب الرد . ونرى أن نص التقنين المدني في هذه المسألة هو نص تفسيرى ، ومن ثم يطبق على ما دفع من القوائد زائداً على الحد المقرر حتى لو كان ذلك قبل يوم ١٥ من شهر أكتوبر ١٩٤٩ ، فيجب على الدائن رده .

ويتقادم الالتزام بالرد بمضى ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة وفقاً لأحكام المادة ١٨٧ مدني ، لأن هذا الالتزام مصدره دفع غير المستحق .

## المبحث الثاني

### جواز النزول عن الحدود المقررة وجواز الزيادة عليها

٥١٥ - **قرضانه** : قرر القانون سعر الفائدة ، القانوني والاتفاق ، في القوائد التأخيرية وفي القوائد التعويضية ، على النحو الذي بسطناه . ولكن

(١) فن الأحكام ما كان يقضى بهم جواز استرداد ما دفع زائداً عن اختيار : استئناف أهل ١٦ فبراير سنة ١٩١٥ المبيعة الرسمية ١٦ رقم ٦٦ ص ١١١ - استئناف غنطل ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ - ١٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٤٣ - ٥ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٥١ .

ومن الأحكام ما كان يقضى بجواز استرداد ما دفع زائداً ولو كان الدفع عن اختيار : استئناف غنطل ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٧٨ - مصر استئناف ٩ مارس سنة ١٩١٥ للشرائع ٢ ص ٢١٧ - غنطل ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٥ المبيعة الرسمية ١٧ ص ١٠٧ انظر أيضاً في عدم جواز الاسترداد للفقرة الثانية من المسادة ٧٦٦ من تقنين الموجدلة والمقرود الباني .

هناك أحوالا ، نص عليها القانون ، يجوز النزول فيها عن هذه الحدود المقررة . كما أن هناك أحوالا ، على التقيض من ذلك ، تجوز فيها الزيادة على هذا الحدود . وتتناول بالبحث كلا من هذين القرضين .

## المطلب الأول

### جواز النزول عن الحدود المقررة

٥١٦ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٢٩ من القانون المدني

على ما يأتي :

« إذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بمحقة ، في إطالة أمد النزاع ، فللقاضي أن يخفف الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضى بها إطلاقا ، عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر » .

وتنص المادة ٢٣٠ على ما يأتي :

« عند توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبراً لا يكون الدائنون المقبولون في التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الإكسبة التي تقررت لهم في هذا التوزيع إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن ، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إبداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء » .

وتنص المادة ٢٣٢ على ما يأتي :

« لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية » <sup>(١)</sup> .

### (١) تاريخ التصور :

م ٢٢٩ : ورد هذا النص في المادة ٣٠٧ من المشروع النهائي على الوجه الآتي : « إذا تسبب الدائن ، وهو يطالب بمحقة ، في إطالة أمد النزاع بخطاءه ، فللقاضي أن يخفف الفوائد ، -



وتقابل هذه النصوص في المقتنين المدني السابق المادة ١٨٦/١٢٦ (١).

وتقابل في التعديلات المدنية العربية الأخرى . في المقتنين المدني السوري المواد ٢٣٠ - ٢٣١ و ٢٣٢ ، وفي المقتنين المدني العراقي المادتين ١٧٣قرة ٢ و ١٧٤ ، وفي المقتنين المدني الليبي المواد ٢٣٢ - ٢٣٣ و ٢٣٥ ، وفي مقتنين الموجبات والنفوذ

= قانونية كانت أو اتفاقية، أولاً بقضى بها إطلافاً، من المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٢٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ ذكر أن هذه المادة تمنح حاقلة الثأن سيء التية التي يقصد إقالة أحد النزاع كتنسخر القوائد في سرياتها ، وقد أثبت القسّل أنه كثيراً ما يلجأ المقاتل إلى إنكار الاستدراك إلى الشيوخ أو رد القاضى . ورات اللجنة أن تجعل عبارة « بسوء نية » بدلا من كلمة « بفساد » لأن فكرة الخطأ قد تلعب للفروض لا يحسن فيها توقيع هذا الجزاء ، ولما أثرت اللجنة أن يكون الجزاء قاصراً على حالة سوء التية وحدها ، وأصبحت المادة رقبها ٢٢٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة ( مجموعة الأعمال التصحيحية ٢ ص ٥٨٨ - ص ٥٨٩ ) .

م ٢٢٠ : ورد هذا النص في المادة ٢٠٨ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما استقر عليه في المقتنين الجديد ، فيما عدا عبارة « دون تمييز بين دائرتين مشفون سله ودائرتين ضالّان له » الواردة في آخر نص المشروع النهائي . وأقرت لجنة المراجعة النص ، وأصبح رقم ٢٢٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ حلت عبارة « دون تمييز ... إلخ » لأن قسمة القوائد بين المقاتلين جميعاً قسمة غرماء تليد منى هذه العبارة، وأصبح رقم النص ٢٢٠ . ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدلته لجنة ( مجموعة الأعمال التصحيحية ٢ ص ٥٩٠ - ص ٥٩٢ ) .

م ٢٢٢ : ورد هذا النص في المادة ٣١٠ من المشروع النهائي على الوجه الآتي :  
١٥ - القوائد على معجدة القوائد لا تكون مستعجلة إلا إذا طرأ بها قضائي أو تم الاتفاق عليها بعد استحقاق القوائد المستعجلة، على أن يبلغ المتعبد في المقاتلين فوائده سنة على الأقل، وهذا دون إخلال بالقوائد والمعدات التجارية . ٢ - أما الاستعجلات النورية غير القوائد فصعب ردوس أسوال من حيث استحقاق القوائد ضياء . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٢٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدل بالمادة بملقوتها النص الذي استقر في المقتنين الجديد ، وقد راعت اللجنة في ذلك ألا تكرر القوائد بضماني فوائده على معجدة القوائد ، وأن من المصلحة أن يحال بين المقاتلين وبين استغلال المدين بالقضاء فوائده تهاجز عقابر الدين نفسه ، وبحسب المقاتل أن يكون قد انقضى فوائده تعادل رأس ماله ، وقد أعطت هذا الحكم دول أخرى ضياء سورية والعراق . وأصبحت المادة رقبها ٢٢٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما وضعتها لجنة ( مجموعة الأعمال التصحيحية ٢ ص ٥٩٦ - ص ٥٩٧ ) .

(١) وقد كتبت المادة ١٨٦/١٢٦ من المقتنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : لا يجوز إعط ولا طلب فوائده على معجدة القوائد إلا إذا كان مستحقاً عن سنة كاملة . =  
(٥٨ قوسه - ٢٤)

## البيئاني المادة ٧٦٨<sup>(١)</sup> .

ويبين من هذه النصوص أن هناك حالات أربعة يجوز فيها النزول عن الحدود المقررة : (١) بسبب الدائي بسوء نية في إطالة أمد النزاع (٢) القوائد التأخيرية بعد رسو المزاد (٣) زيادة مجموع القوائد على رأس المال (٤) القوائد على متجمد التوائا ، أي الربيع المركب (anatocisme) . وتتناول على التعاقب كلا من هذه الحالات .

## ٥١٧ - تحبب الرأى بسوء نية في إطالة أمد النزاع : لم يستحدث

التفتين الجديدي هذا الحكم استحداثاً تاماً ، فقد كان القضاء المصري يسير على مقتضاه . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « وقد بما فطنت محكمة الاستئناف الأهلية إلى هذا التطبيق ... فهو من هذه الوجهة ليس بالجديد كل الجدة بالنسبة للقضاء المصري<sup>(٢)</sup> » .

(١) التفتينات المدنية الحرية الأخرى : التفتين الملف السورى م ٢٣٠ - ٢٣١ و ٢٢٣ ( مطابقة لمراد ٢٢٩ - ٢٣٠ و ٢٣٢ من التفتين الملف المصري ، فيما عدا أن المادة ٢٣١ من التفتين الملف السورى لا تذكر ما إذا كانت غرامة المحكمة ملزمة بالقوائد بسبب إيداع الثمن فيها ) .  
التفتين الملف للعراق م ١٧٣ فقرة ٣ و ١٧٤ ( مطابقتان للمادتين ٢٢٩ و ٢٣٢ من التفتين الملف المصري فيما عدا أن المادة ١٧٣ فقرة ٣ عراقى تكتفى بخطأ المدعى ولا تشترط سوء نية ولا مقابل في التفتين العراقى المادة ٢٣٠ من التفتين المصري ) .  
التفتين الملف لسلطنة ليبيا المتحدة م ٢٢٢ - ٢٣٣ و ٢٣٥ ( مطابقة لمراد ٢٢٩ - ٢٣٠ و ٢٣٢ من التفتين الملف المصري ) .

تفتين الموجبات والمقرود البيئاني م ٧٦٨ : يجوز أن تؤخذ فائدة من فوائده رأس المال إما بإقالة دعوى ، وإما بقبضى مقد خاص منشأ بعد الاستحقاق . وفى كلا الحالتين يشترط أن تكون القوائد المستحقة ماثمة إلى مدة لا تقل عن ستة أشهر ، ذلك مع الاحتفاظ بالقواعد والمعادن المخصصة بالتجارة . ( وحكم الربيع المركب هنا كحكمه في التفتين الملف المصري السابق وفى التفتين الملف الفرنسى ، فيما عدا أن المدة التى تتجسد فيها القوائد هي هنا ستة أشهر بدلا من ستة هناك : انظر الدكتور صبرى المحمصانى في آثار الالتزام في القانون المدني البيئاني ص ٣٣ ) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٩٤ - وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجوز للمحكمة أن ترفض إصطاء الدائن القوائد القانونية إذا رأت أنه أجرى إجراءات غير لازمة لدعوى ، وأتيح طرعا أو جوبت الإطالة بلا فائدة ( ١٠ مارس سنة ١٨٩٦ والمقرق ١١ ص ١٧٥ ) . ومن ثم يجوز اعتبار نص المادة ٢٢٩ نصاً مفسراً إذ هو يفتى أحكام القضاء المصري ويجرى على مقتضى القواعد العامة ، فيكون له إذن تحرر جسمى .

والبدأ الذى يقوم عليه هذا الحكم لا تمكن المنازعة فيه ، فهو مبدأ التسف فى استعمال الحق . والدائن إذا تسبب بسوء نية فى إطالة أمد النزاع ، فهو إنما يصف فى المطالبة بحقه وفى استعمال الإجراءات التى وضعها القانون تحت تصرفه للوصول إلى هذا الحق . فبدلاً من أن يقصد الوصول إلى حقه ، يقصد إلى إطالة أمد النزاع حتى تراكم الفوائد على المدين ، فيكون هو الرابع من جراء هذا التصرف . فأراد المشرع أن يرد عليه قصده بجرماته من هذه الفوائد ، كلها أو بعضها ، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر .

ونرى من ذلك أن تطبيق هذا الحكم يقتضى توافر شرطين :

(الشرط الأول) إطالة الدائن أمد النزاع بلا مبرر . مثل ذلك أن يلجأ الدائن ، بغرض إطالة أمد النزاع ، إلى إنكار إمضائه الموضوع على مخالصة صدرت منه بجزء من حقه ، أو إلى الطعن فى هذه المخالصة بالتزوير ، أو إلى الإكثار من الدفع الكيدية ، أو إلى رد القضاة وما إلى ذلك <sup>(١)</sup> . وليس من الضروري أن يرفع الدائن خصومة إلى القضاء ، بل يكفى أن يلجأ فى المطالبة بحقه إلى إجراءات لا مبرر لها لإطالة أمد النزاع <sup>(٢)</sup> . مثل ذلك أن يكون سريان الفوائد يكفى فيه إضرار المدين ، فيعذر الدائن حتى تسرى الفوائد ، ثم يقف عند ذلك ، ويرفض قبول الدين دون سبب مشروع عندما يرضه المدين ، فيضطر المدين إلى العرض الحقيقى ، فيجهد الدائن إلى إطالة إجراءات هذا العرض ، وهكذا .

(الشرط الثانى) سوء نية الدائن . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٢٩ مدنى لا يتطلب سوء النية ، ويكتفى بالخطأ ، فكان صدر المادة يجرى على الوجه الآتى : « إذا تسبب الدائن ، وهو يطالب بحقه ، فى إطالة أمد النزاع بخطئه ... » . فلو حظ فى لجنة مجلس الشيوخ أن هذا النص لا مقابل له فى التشريعات الأجنبية ، وأضافت اللجنة شرط سوء النية لأن الاقتصاد على مجرد الخطأ يجعل النص يتسع لقروض لا يحسن فيها توقيع هذا الجزاء <sup>(٣)</sup> . فلا يكفى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٩ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٤ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٨٩ . وانظر أيضاً فقرة ٥١٦ فى المسلسل . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « حل أن انتفاع 'لمن يحكم هذه المادة مفروض' »

فإن أن يكون الدائن قد أخطأ في إطالة أمد النزاع خطأ عادياً ، بل يجب أن يكون قد قصد إطالة أمد النزاع حتى تراكم القوائد على المدين . فيكون النص إذن تطبيقاً واضحاً لنظرية التصف في استهلاك الحق . وقد روى اشتراط سوء النية لأن النتائج التي يربتها القانون على عمل الدائن نتائج خطيرة ، إذ يسقط حقه في القوائد ، فلم يجعل هذه النتائج مرهونة بخطأ بسيط من الدائن ، يسهل على المدين دائماً أن ينسب إلى الدائن مجرد أن يطول أمد النزاع . ولا نعمل إلى القول بأن الخطأ الجسيم هنا يلحق بسوء النية ، لأن النص لا يذكر إلا سوء النية ، وأراد من وراء ذلك أن يشدد حتى لا يهدر حق الدائن في القوائد إلا جزاء وفقاً لسوء نيته ، ومن ثم لا يكفي إثبات الخطأ الجسيم .

هذا والمدين هو الذي يحمل عبء إثبات الشرطين معاً : إطالة أمد النزاع بلا مبرر وسوء نية الدائن . ومتى تم له إثبات ذلك ، كان للقاضي أن يخفف القوائد إلى حد معقول ، بل كان له ألا يقضى بها إطلاقاً ، وذلك عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر ، ولا ينسحب أثر التخفيض أو الإسقاط إلا من هذه المدة <sup>(١)</sup> . فهناك خطأ مشترك (erreur commune) : المدين تأخر في الوفاء بالتزامه ، والدائن أطال هذا التأخر باطالته أمد النزاع <sup>(٢)</sup> . والخطأ المشترك من شأنه أن يخفف المسؤولية ومظهر التخفيف هو التخفيض من القوائد ، أو بعبارة أخرى وصل خطأ الدائن من جراء سوء نيته إلى حد استغراق خطأ المدين ومظهر انعدام المسؤولية هو إسقاط القوائد .

والقوائد التي يخففها القاضي أو لا يقضى بها إطلاقاً ، من المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر ، قد تكون فوائد قانونية أو فوائد اتفاقية ، وهي دائماً فوائد تأخيرية لأن المفروض أن الدين قد حل ويطيل الدائن

- ولقائمة التعليل على دفرع خطأ من الدائن ... ( مجموعة الأعمال القضائية ٢ ص ٥٩١ ) .  
وراشح أن هذا يتفق مع نص المذروح للمبدي الذي كان يقتصر على اشتراط الخطأ ، لاجل النص القائل الذي يشترط سوء النية .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع المسمى في مجموعة الأعمال القضائية ٢ ص ٥٩١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع المسمى في مجموعة الأعمال القضائية ٢ ص ٥٩١ .

أمد النزاع فيه حتى تراكم القوائد ، فلا يمكن أن تكون هذه القوائد إلا فوائد تأخيرية (١) .

٥١٨ - القوائد التأخيرية بمردود المزاد : هذا الحكم استحدثه التقنين الجديد في ضوء تجارب الماضي (٢) . فقد كان المدين ، في عهد التقنين المدني السابق ، بعد ردو المزاد وطوال إجراءات التوزيع ، يبقى ملتزماً بدفع القوائد التأخيرية عن الديون التي تدرج في قائمة التوزيع . وتطول إجراءات التوزيع عادة ، وقد تستغرق سنوات ، والقوائد التأخيرية تراكم على المدين وهو لا يلد له في ذلك ولا يملك دفع هذا الأذى عن نفسه . ومن ثم جاء التقنين المدني الجديد بهذا الحكم المستحدث لدفع المضرة عن المدين .

وتنص المادة ٢٣٠ - وقد مر ذكرها - بأن القوائد التأخيرية لا تسرى بسرهما المقرر ، سواء كان السعر القانوني أو السعر الاتفاق ، إلا إلى وقت ردو مزاد المال الذي يباشر البائناً إجراءات التنفيذ عليه لاستيفاء حقه . ثم تقف هذه القوائد التأخيرية بالسعر المقرر . ولا تنتج الديون التي يتخذ بها حل أموال المدين فوائد تأخيرية بعد ردو المزاد ، إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ، أو كانت خزانة المحكمة بسبب إشباع الثمن فيها ، يلتزم أحد منهما بدفع فوائد حل هذا الثمن ، ولا تقاضي فوائد التأخير إلا في حدود المستحق من هذه القوائد في ذمة الراسي

(١) ويلعب الدكتور المحضاني في كتابه آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني (ص ٢٦) لده أنه يجوز أن يطبق في لبنان حكم تخفيض القوائد أو إسقاطها لإطالة أمد النزاع بسوء نية ، دون حاجة إلى نص في ذلك ، إذ يقول : « من نرى أن ذلك جائز أيضاً في لبنان ، وفقاً للباحث العامة ، لا سيما وفقاً لمبدأ سوء استعمال الحقوق المنصوص عليه في المادة ١٢٤ من قانون الموجبات ، ووفقاً لتطبيقات هذا المبدأ المبتدئة في قانون أصول المحاكمات المدنية التي توجب الحكم بتعويض حل من يقدم ، عن نية سيئة ، على إقامة أية دعوى أو حل المعارضة في أي طلب ظهرت صحته (م ٢١) » .

(٢) نذكر التاريخ أن صاحب الفكرة في هذا النص هو القاضي استنوت (stennett) ، وكان يعمل في لجنة تنقيح التقنين المدني على ما مر . وقد أنصف إلينا أن عسيرته كقاضي في المحاكم القطرية دله على أن الفلاح المدين يعمل فرماً فأدعى من جراء بدء إجراءات التوزيع ، فقد تطول عليه الإجراءات زمناً طويلاً ، ولا ذنب له في ذلك ، فتراكم عليه فوائد الديون طوال المدة التي تسبق فيها إجراءات التوزيع . فصبح هذا النص دفناً لهذا السبب التفتيل عن حائق المدين .

عليه المزداد أو في ذمة خزانة المحكمة . وهذا تخفيض فوائد التأخير متى كان سعر الفائدة المستحقة قبل الرأسي عليه المزداد أو قبل خزانة المحكمة أقل من سعر الفائدة الواجبة على المدين، وهذا ما يقع في الكثرة الغالبة من الأحوال . وتوزع هذه الفوائد التأخيرية - في الحدود المقررة الذكر - بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مرتهن أو ذى حق امتياز ودائن عاды .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى ختام عبارتها فى هذا الصدد : « وفى من إتيان أن هذا الحكم يعدل كل العدل يحقّق المدين ، ويكفل له من الحماية ما يؤمنه من بطء إجراءات التنفيذ . ثم إنه يحسب الدائنين بعضهم من البعض الآخر ، من طريق تحقيق المساواة بينهم فى توزيع الفوائد المستحقة قبل الرأسي عليه المزداد وقبل الخزانة ، إذ تقسم بينهم جميعاً قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لاضمان له » (١) .

#### ٥١٩ - زيادة مجموع الفوائد على رأسى المال : رأينا أن المادة ٢٣٢

التي تفضى بأنه لا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأسى المال ، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية . وفى هذا النص إيمان من جانب التقنين المدنى الجديد فى كراهية الربا ، إذ هو يستحدث قيدا جديداً على الفوائد لم يكن فى التقنين المدنى السابق ، وليس له نظير فى التقنينات الغربية . والواقع من الأمر أن المشروع التمهيدى كان خالياً من هذا النص ، وسار المشروع فى اللجان والميئات المختلفة حتى وصل إلى لجنة

---

(١) مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٥٩١ - ولما كان هذا الحكم مستعجلاً ولكنه يستمر من النظام العام لأنه يتعلق بنظام الفوائد ، فإنه يسرى من وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد ، أى ابتداء من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، على المدين التي لم تقفل فيها قوائم التوزيع ، وتشرى الفوائد الأصلية من المدة السابقة على هذا التاريخ .

ويذكر الدكتور صبحى المحمصانى أن هذا الحكم مبسوط به فى لبنان دون نص ، فهو يقول : « وعلى الرغم من أن القانون اللبناني لم ينص على مثل هذا المبدأ صراحة ، فإن العمل فى دوائر الإجراء ، لا سيما فى بيروت ، هو موافق له ، إذ أن القائلة ترصد حتى تاريخ الإحالة القطعية فى البيع الجبرى تمهيداً لإجراء عملية التوزيع بين الدائنين » (آثار الالتزام فى القسانون المدنى اللبناني ص ٢٢)

مجلس الشيوخ . وفي هذه اللجنة أضيف النص قديماً جديداً على الرابطة (١) ، واستحدثت اللجنة في النص ذاته تحريم تقاضي فوائد على منجمد الفوائد قديماً آخراً ، وجاوزت في التقييد أحكام التقنين السابق وأحكام كثير من التقنينات الغربية .

فالقاعدة إذن أن مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن من مدينه لا يصح في حال أن يزيد على رأس المال . وقد جاء في تقرير لجنة مجلس الشيوخ في هذا الصدد أن اللجنة قد راعت أن من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال الدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار الدين نفسه ، وبحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس ماله . وقد أخذت بهذا الحكم دول أخرى منها سورية والعراق (٢) .

ومجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن يتناول الفوائد بجميع أنواعها : الفوائد التعويضية والفوائد التأخيرية بالسعر الاتفاقى وبالسعر القانونى . فلو أن شخصاً اقتضى من مصرف ألفاً من الجنيهات بسعر اتفاق مقداره ٧٪ لمدة عشر سنوات ، ولم يسدد من دينه شيئاً طوال هذه المدة ، وحل أجل الدين فتأخر في الوفاء سبع سنوات أخرى ، فإن مجموع الفوائد التعويضية والتأخيرية التي تراكت عليه بالسعر الاتفاقى هو ١١٩٠ جنيهاً ، وهذا المجموع يزيد على رأس المال بمقدار ١٩٠ جنيهاً . فلا يجوز للدائن في هذه الحالة أن يتقاضى من مجموع الفوائد التي تراكت أكثر من ألف من الجنيهات ، وهو ما يساوى رأس المال ،

---

(١) ونذكر هنا أيضاً لتاريخ أنه لما عرض على لجنة مجلس الشيوخ القيد الكثيرة المختلفة التي وضعها التقنين المدنى الجديد على الرابطة ، أرادت اللجنة الاستراحة منها . فذكرت ما كنت أعلمه من أن العراق وسورية ورثتا عن القوانين المالية قاعدة تقضى بأنه لا يجوز أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، فبادرت اللجنة إلى إدماج هذه القاعدة في نصوص التقنين الجديد هي وتحريم الفوائد المركبة ، وجعلت القاعدة في نص واحد مستحدث .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٧ — والأصل في هذا الحكم هو المادة ٤ من قانون المراجعة المالية ، وتقضى بهم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال . وطبقت القاعدة في العراق وسورية ولبنان لما كانت هذه البلاد جزءاً من الإمبراطورية العثمانية ، ثم لمّا استقلت أدخلت القاعدة في كل من التقنين المدنى العراقى والتقنين المدنى السوري عن طريق التقنين المدنى المصرى الذى استقى القاعدة هو نفسه من قانون المراجعة المالية . ويذكر الدكتور صبحى المحمصانى (آثار الالتزام في القانون المدنى اللبناني ص ٣١-٣٢) أن هذه القاعدة لا تزال سارية في لبنان بحكم قانون المراجعة المالية .

ويضيق عليه من القوائد مائة وتسعون جنبا . وليس في هذا الحكم حماية للمدين  
نصب ، بل هو يتطوى أيضا على معنى العقوبة للفائن ، إذ أنه أما أن يكون  
قد أحمل في تقاضى حقه ، أو تعمد ألا يقضاه حتى تراكم القوائد على المدين (١) .

ويرد على هذا الحكم القيدان الآتيان :

(أولا) أن النص استثنى ما تقضى به القواعد والعادات التجارية . مثل ذلك  
الحساب الجارى ، وسبب أن يجوز فيه تقاضى فوائد على متجمد القوائد وأن  
سعر الفائدة التجارية فيه غير مقيد بمعد معين . فيحتمل إذن أن يزيد مجموع  
القوائد في نهاية الحساب على رأس المال ، ويكون ذلك جائزا تشبيها مع القواعد  
والعادات التجارية (٢) .

(١) وهذه النقطة التي تقضى بأن مجموع القوائد لا يجاوز رأس المال تعتبر من قواعد النظام  
العام ، ومن ثم يصر نص المادة ٢٢٢ من وقت نفاذ القانون المذكور الجدي . فلذا كانت هناك عقود  
أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تجعل الفائن حقا في تقاضى مجموع من القوائد يزيد على  
رأس المال ، فاطع من القوائد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لا يرد ولو زاد على رأس المال .  
لما من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فلا يجوز أن يكون مجموع القوائد التي تقاضاها الفائن  
في الماضي مع القوائد التي يقاضاها في المستقبل أكثر من رأس المال . فلذا فرض أن شخصا  
القرض مبلغا مقداره ١٠٠٠ جنيه بصر ٨٪ في يناير سنة ١٩٤٠ لمدة عشرين سنة ، وبقي  
بصدق القوائد إلى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم استمر به ذلك بصدقها بصر ٧٪ ابتداء من ١٥  
أكتوبر سنة ١٩٤٩ حتى وصلت جلسة مادفنه من القوائد منذ بداية القرض ألفا من الجنيهات ،  
فإنه لا يجب عليه بعد ذلك أية فوائد . ولو أن هذا الشخص التزم القرض هذا المبلغ (١٠٠٠ جنيه)  
جدا البصر (٨٪) في يناير سنة ١٩٣٥ لمدة عشرين سنة ، فإنه يكون قد دفع حتى ١٥  
أكتوبر سنة ١٩٤٩ من القوائد أكثر من ١٠٠٠ جنيه ، فينقطع منذ ١٥ أكتوبر سنة  
١٩٤٩ عن دفع أية فوائد ، ولكنه لا يسترد ما دفعه قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ زائلا  
على ١٠٠٠ جنيه .

(٢) وقد صدر من محكمة مصر الكلية ، في ٢٥ أبريل سنة ١٩٥٥ ، في القضية رقم ٥٨١٨ لسنة  
١٩٥٢ ، حكم لم يشر به يقضى بأن العادات التجارية في القروض طويلة الأجل ، تسمح بمجاوزة  
مجموع القوائد لرأس المال . وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : «دعوى إن المشرع لاحظ  
في النص على عدم الإخلال بالقواعد والعادات التجارية أن تعرف المادة قوة القانون للمستوفى ،  
وأنه لا بد من عدم التمسك بأحكام المصادرات التي جرى بها البروف من قسود الزمان ، ومنها  
القروض طويلة الأجل التي تعطى للمصرف والفكرات في فوائدها للمالكين . ولا يمكن  
بما أن يكون المشرع قد قصد القسود على الائتمان الطويل ، وعقوبة الفائن به ، على ما يؤيد به



(ثانياً) زيادة مجموع القوائد على رأس المال ممنوعة في الصيغة الواحدة ،  
لا في مجموع الصفقات إذا تعددت . فإذا اقترض شخص مبلغاً من القود  
بغائلة ، وتراكت القوائد ، ثم قطع المدين حساب هذا القرض ، وعقد مع  
القرض قرصاً آخر أدخل فيه رصيد القرض الأول ، كان لكل قرض حسابه ،  
ولا يجوز أن يزيد مجموع القوائد على رأس المال في كل من القرضين ، ولكن  
تجوز زيادة مجموع القوائد في القرضين معاً على رأس المال في أى قرض منهما .  
على أنه يجب ألا يكون في ذلك طريق للتحايل على حكم القانون ، فيعتمد الطرفان  
إلى تجزئة القرض الواحد إلى قرضين تجزئة صورية القرض منها أن يجاوز مجموع  
القوائد رأس المال .

على أن الحكم الذي نحن بصدده - عدم مجاوزة مجموع القوائد رأس المال -  
ليس بالقييد الخطير في الصفقات العادية . إذ يندر في هذه الصفقات أن يصل الدائن  
من الإهمال في تقاضى القوائد إلى حد أن تراكم فتجاوز رأس المال . وسيل  
دائماً على الدائن أن يتفادى هذه النتيجة بتحديد مدة معقولة لحلول أجل الدين ،  
ثم إذا حل أجله لا يتراسخ في المطالبة به إلى الحد الذي تراكم فيه القوائد فتزيد  
على رأس المال . وفي هذا مصلحة لكل من الدائن والمدين : الدائن يتفادى أن  
يضيع عليه شيء من القوائد ، والمدين لا يترك له الجبل على الغارب فيستسلم إلى  
تهوانه ، بل تحفزه مطالبة الدائن إلى السعى في سداد دينه فلا تراكم القوائد عليه<sup>(١)</sup>.

= هذا الاتيان من غيمات جليلة للاقتصاد القومي، ومع ما يتم به من طابع التيسير على المدينين .  
ولكن الفارح قصد - فحسب - منع المرابين المتهربين من استغلال القسطاء على صورة كسرة  
مقرونة ، فسل على حاجتهم في هذه الصورة وفي هذه الظلال . ولم يفته الاحتياط لأثر السادة  
التجارية ، بما يحفظ كيان الأرضاء الاقتصادية في البلاد . =  
ولكن صدر قبل ذلك ، من محكمة مصر الكلية أيضاً ، حكمان يقضيان بتكس هذا الرأي :  
صدر الأول في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥١ في القضية رقم ١٤١٩ لسنة ١٩٥١ ، وصدر الثاني  
في نفس هذا التاريخ في القضية رقم ٢٥٣٠ لسنة ١٩٥١ . وتأيد هذا الحكم القضائي من محكمة  
استئناف مصر في ٥ مارس سنة ١٩٥٣ في القضية رقم ٦٩/١٧ - وستعرض في الحاشية التالية  
إلى القروض طويلة الأجل .

(١) غير أن هناك نوعاً من القروض له خصص طبيعتها على هذا التعبير ، وهي قروض  
الإنتاج طويلة الأجل . وتتميز هذه القروض بخصيتين : (١) ينتفع المقرض بالقرض للإنتاج  
لا للاستهلاك . فهو إما مزارع يريه لإصلاح أرضه الجور ، أو مالك أرض يملكه يريه للبناء =

## ٥٢٠ - الفوائد على ضخيم الفوائد أو الأرباح المركبة : تنقضى

المادة ٢٣٢ منقضى ، كما رأينا ، بأنه لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، وذلك دون إخلال بالقواعد والمبادئ التجارية . ولم يكن هذا هو الحكم فى المشروع المقدم الذى للتقنين المدنى الجديد . بل كانت المادة ٣١٠ من هذا المشروع تنقضى بأن الفوائد على متجمد الفوائد تكون مستحقة إذا طوّل بها

علينا ، أو نحو ذلك ، فيقتضى مبلغاً كبيراً من المال لمشروعه الإنتاجى من مصارف الائتمان المقارى تخصمت لهذا القرض . (٢) يكون القرض ذا أجل طويل ، وينبى أن يكون كذلك ، فإن المقرض إنما يقترض كما قدسنا للإنتاج لا للاستهلاك ، فيستد فى مداد أنساط الدين على غلة ما أنتجه ، مع استبقاء شيء من هذه الغلة لنفسه ليكون مورد عيشه ، فلا بد إذن أن يكون القرض طويل الأجل . ويصل الأجل فى كثير من الأحوال إلى عشرين سنة ، بل إلى ثلاثين وأربعين وخمسين فى حالات غير قليلة .

وقد جرت عادة مصارف الائتمان المقارى أن تجعل الدين يسد الدين على أنساط متساوية طوال مدة القرض ، فيسد فى كل قسط الفوائد مع جزء من رأس المال يزيد تدريجاً كلما قل ما يجب دفعه من الفوائد . وقد يزيد مجموع ما يدفعه الدين من الفوائد فى هذه القروض طويلة الأجل على رأس المال ، فلابد إذن ، إذا أريد الإبقاء على هذه القروض الإنتاجية النافعة ، من استئثارها بشريع خاص من حكم المادة ٢٣٢ من التقنين المدنى ، وذلك إذا لم يستقر قضاؤنا على جعلها مستثناة من حكم هذه المادة تطبيقاً للمبادئ التجارية على ما رأينا . ويلاحظ فرق ذلك أن مصارف الائتمان المقارى تقترض هى نفسها — فى صورة سندات تصدرها — نقوداً لأجل طويلة تدفع فيها فوائد قد يزيد مجموعها على رأس المال ، ثم تقترض هذه النقود لعملياتها ، فهى تقوم فى الواقع من الأمر بدور الوسيط بين المقرض والمقرض . ثم إن الحكومة والأشخاص المعنية العامة (كالمجتمعات) قد تمسك قروصاً طويلة الأجل يزيد مجموع الفوائد فيها على رأس المال ، ويقع ذلك كثيراً فى الإيرادات المؤبدة . وهناك ظروف تقصر فيها الحكومة إلى التقدم لمساعدة أصحاب الأراضي الزراعية بتقوية ديونهم المقارية إلى أجل طويلة يزيد فيها مجموع الفوائد على رأس المال ، كما وقع ذلك فى قوانين التسويات المقارية سنة ١٩٣٣ وسنة ١٩٣٦ وسنة ١٩٤٢ — كل هذا من شأنه أن يجعل للقروض طويلة الأجل مركزاً خاصاً يبرر استصدار تشريع استثنائى بشأنها فى المصالح التقدم . وقد أعدت الحكومة بالفعل مشروعاً بقانون فى هذا المعنى ، ولكنه لا يزال مشروعاً حتى كتابة هذه السطور .

وغنى عن البيان أنه يجب أن تستبقى فى التقنين المدنى القاعدة الأصلية — وهى عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال — لمواجهة حالة المراهب المحترف الذى يجد للمهنة فى أساليب تأجيل مداد الدين ليسعى فى أخذ الفوائد ، فيصل من وراء ذلك إلى تقاضى رأس ماله أصحافاً مضاعفة . ويجب التشريع الخاص بالقروض طويلة الأجل ، إذا صدر تشريعاً استثنائياً يبالغ حالة الائتمان المقارى وحده

قضائياً أو تم الاتفاق عليها بعد استحقاق القوائد المتجمدة ، على أن يبلغ المتجمد في الحالتين فوائده سنة على الأقل . فكانت القوائد على متجمد القوائد (anatocisme, capitalisation des intérêts) جائزة إذن في حالتين: (١) إذا تجمدت القوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، لمدة سنة على الأقل ، ثم طالب الدائن المدين قضائياً بفوائد على هذه القوائد ، فتصبح القوائد المتجمدة في هذه الحالة عن طريق المطالبة القضائية بمثابة رأس مال ينتج بدوره فوائد قانونية . (٢) إذا تجمدت القوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، لمدة سنة على الأقل ، ثم اتفق الدائن والمدين على جعل هذه القوائد المتجمدة تنتج فوائد بمرتين ، فتصبح القوائد المتجمدة في هذه الحالة أيضاً ، عن طريق الاتفاق ، بمثابة رأس مال ينتج بدوره فوائد اتفاقية<sup>(١)</sup> . وقد كان هذا هو أيضاً ، بوجه عام ، حكم التقنين الملغى السابق (انظر م ١٨٦/١٢٦)<sup>(٢)</sup>.

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يلي : « لم يشب عن المشروع ما لقوائد المركبة من بالغ الأثر في زيادة أعباء المدين ، ولأسباب بعد أن عدت بعض التقنينات الحديثة إلى تحريمها . . . بيد أنه رأى إيجابتها يشروط ثلاثة فاشترط أن تكون واجبة الأداء ، وأن تكون مستحقة من سنة على الأقل ، وأن يتم الاتفاق على التجميد أو يطلب به الدائن قضائياً بعد أن يصبح ما أراد تجميده منها مستحق الأداء — قارن المادة ١٨٦/١٢٦ من التقنين المصري ( السابق ) ويظهر أنها تنبج الاتفاق على التجميد قبل حلول الفائدة ، وقد جرى التقصّدان المصري والفرنسي على ذلك خلافاً لرأى الفقه في فرنسا — ولا يشترط في هذا الصدد حلول أجل الوفاء برأس المال المنتج لتلك القوائد ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٥٩٨ - ص ٥٩٩ ) .

(٢) انظر في فوائده القوائد أو الربح المركب في التقنين الملغى السابق الموجز المؤلف فقرة ٤٥٣ — استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٥/٤٧ و ٢/١٢١/٩ — مصر الكلية الوطنية ٨ يولي سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٣١٤ — استئناف مخطوط ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ — ٥٤ — ٣ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٣٨ — ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ — ٤١٣ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٦٠٩ — ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٥٢ — ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٧ . ولم يكن يشترط حد كامل من السنين لتجميده في القوائد ، فكسور السنة تتجمد فوائدها إن أُضيفت إلى فوائده سنة أو سنتين أو أكثر (بور سيد الوطنية ١٤ أغسطس سنة ١٩٣٢ الحماية ١٣ ص ١٣٠٢) . على أن المدة التي تتجمد فيها القوائد ليست بملات أثر كبير ، فقد حسب الأستاذان بودرى وبارد (جزء أول فقرة ٥٣٤) أنه إذا جمدت القوائد كل سنة ، بمر ٥ ٪ ، تضاعف رأس المال في ١٤ و٢١ سنة ، وإذا كان تجميدها كل شهر تضاعف رأس المال في ١٣ و٩٣ سنة ، وإذا كان التجميد كل أسبوع تضاعف رأس المال في ١٣ و٧٨ سنة ، فالفرق في المدد التي تضاعف فيها رأس المال ليس إذن بكثير . »

وصار المشروع المهيدي في مراحله المختلفة ، حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ ، فرأت هذه اللجنة تحريم الفوائد على متجمد القوائد إطلاقاً ، مقننة في ذلك بعض التقييدات الحديثة<sup>(١)</sup> ، وهذا هو الرأي الذي استقر في التفتين المدنى الجديد<sup>(٢)</sup> . والواقع أن تقاضى فوائد على متجمد القوائد لا يخلو من الخطر ، فإن رأس المال إذا أقرض بسر ٤/٤ ، تضاعف إذا كان الربح بسيطاً في ٢٥ سنة ، وهو يتضاعف إذا كان الربح مركباً في ١٩ سنة فقط . وإذا قرض بسر ٥/٥ ، تضاعف في ٢٠ سنة إذا كان الربح بسيطاً ، وفي ١٤ سنة إذا كان الربح مركباً . وإذا أقرض بسر ٧/٧ تضاعف في ١٤ سنة في حالة الربح البسيط ، وفي ١٠ سنوات في حالة الربح المركب . فالفرق كبير إذن بين الربح المركب والربح البسيط ، وقد أحسن التفتين المدنى الجديد صنفاً في تحريم الأرباح المركبة<sup>(٣)</sup> .

- وكان يشترط في عهد التفتين المدنى السابق أن تكون المطالبة التضائية بعد تجدد الفوائد لامل القعيد (استئناف مخطط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٤ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ - مصر الكلية الوطنية ٨ يولييه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢١٤) . أما بالنسبة إلى الاتفاق فكان يجوز أن يتم الاتفاق قبل تجدد الفوائد (استئناف أمل ١٨ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٤٧ - استئناف مخطط ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٢ - أول يولييه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥٣ - ٧ يولييه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣) . وفي فرنسا يميز انقضاء الاتفاق مقدماً قبل تجدد الفوائد ، ولكن الحق لا يميز الاتفاق إلا بعد أن تجدد الفوائد ، ويصح بنص المادة ١١٥٤ من التفتين المدنى الفرنسى وهو تقضى بعدم جواز الاتفاق على تجدد الفوائد إلا بعد استحقاقها (les intérêts échus des capitaux) (الموجز الملوف بقرة ٤٥٣ ص ٤٥٧ - وانظر في الفوائد على متجمد الفوائد في القانون الفرنسى أوبري وود ٤ بقرة ٣٠٨ ص ١٦٥ - ١٦٩ ص ١٦٩ - بودي وبارد ١ بقرة ٥٢٤ - بقرة ٥٤١ - وبيروج ١ بقرة ٤٠٥ - بقرة ٤٢٠ - بلانول وديجر وودوان ٧ بقرة ٨٨٧ - بقرة ٨٩٠ . (١) انظر تفتين الالتزامات السوسرى م ١٠٥ بقرة ٢ (وضع ذلك انظر م ٣١٤ بقرة ٣) - التفتين المدنى الألمان م ٢٨٩ بقرة أول (وضع ذلك فقد أجاز التفتين المدنى الألمان التخصيص من تأخر المدين في الوفاء بفوائد الدين) - التفتين الشيل م ١٥٥٩ و ٢٢١٠ - وكان قانون جوستيان والقانون الفرنسى القديم يحرمان تقاضى فوائد على متجمد الفوائد . (٢) مجموعة الأعمال التصهيرية ٢ ص ٥٩٧ - وانظر تاريخ نص المادة ٢٢٢ أنفا بقرة ٥١٦ في الحاشي .

(٣) ولما كانت قاعدة تحريم الأرباح المركبة التي استحدثها التفتين المدنى الجديد تنحصر من قواعد النظام العام ، فإنها تسرى منذ نفاذ هذا التفتين . ومن ثم فكل اتفاق على فوائد مركبة أبرم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩١٩ ينتج أثره إلى هذا التاريخ فقط ، وتستحق فوائد على ما تجدد من الفوائد إلى يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩١٩ بشرط أن تكون الفوائد قد تجمدت لمدة ستة على

على أن هناك قيدين بردان على هذا التحريم :

(أولاً) ما تنقضي به القواعد والعادات التجارية من جواز الأرباح المركبة في بعض الحالات . وقد ورد في المذكر الإيضاحية للمشروع المتهدى في هذا الصدد : « ويلاحظ أخيراً أن حرف التجارة قد يقضى بالخروج على التصوص الخاصة بتجميد الفوائد . ومن ذلك مثلاً إنجازه تجميد ما يستحق منها عن مدة تقل عن سنة في الحساب الجاري ، دون حاجة إلى اتفاق أو مطالبة قضائية<sup>(١)</sup> » .

(ثانياً) الاستحقاقات الدورية غير الفوائد ، كالأجرة والإيرادات المرتبة مدى الحياة<sup>(٢)</sup> والاستحقاق في الوقف ، لا تعتبر في حكم الفوائد ، فيجوز نقاضى فوائد عن التجميد من هذه الاستحقاقات . فإذا اتفق المؤجر مع المستأجر مقدماً على أن تأخر المستأجر في دفع الأجرة عن مواعيدها يستوجب سريان فوائد تأخيرية بسعر معين على ما تأخر من الأجرة ، جاز هذا الاتفاق ، ولا يفترض عليه بأن الأجرة المتجمدة هي بمثابة الفوائد المتجمدة فلا يجوز أن يتقاضى فوائد عليها<sup>(٣)</sup> .

- الأصل ، وما يتجسد من الفوائد بعد ذلك لا يتقاضى الدائن منه أية فوائد طبقاً لقاعدة التحريم الجديدة . وإذا كان استحقاق فوائد الفوائد آتياً عن طريق المطالبة القضائية ، فإذا كانت هذه المطالبة قد تمت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حكم الدائن بفوائده على متجسد الفوائد ولو صدر الحكم بعد يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لأن الأحكام تستند إلى يوم وضع النصوص . أما إذا كانت المطالبة القضائية لم تتم قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فلا يحكم الدائن بفوائده على متجسد الفوائد حتى لو كان الدين الأصل قد حقه قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(١) مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٥٩٩ .

(٢) أما الإيرادات العامة فهي تعتبر فوائد عن مبلغ من النقود ، ولا تستثنى من تحريم الأرباح المركبة أو من تقيدها إلا بنص صريح . وطالما النص لم يكن موجوداً في هاتين المقتضيتين المنقحتين السابق ولم يوجد في هاتين المقتضيتين المنقحة . وهو موجود في هاتين المقتضيتين المنقحتين في المادة ١١٥٥ من هذا القانون . ويبررون في فرنسا استثناء الإيرادات العامة : فبوجود الأرباح المركبة باعتبارها : الإحصاء الأول أنه لا ينفي في الإيرادات المتجمدة أن تشارك على المدين الفوائد مع رأس المال ، لأن المدين لا يلتزم برد رأس المال إلا في الوقت الذي يختاره هو . والإحصاء الثاني أن القيد الواردة على الأرباح المركبة إنما قصد بها المراهون دون غيرهم ، والمراهون لا يقرضون نقودهم في مقابل إيراد دائم ، بل يقرضونها لأجل (انظر في ذلك برودي وهارد ١ فقرة ٥١٢) .

(٣) وقد كان المذرع المتهدى يتضمن نصاً في هذا المعنى هو الفقرة الثانية من المادة ٣١٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « أما الاستحقاقات الدورية غير الفوائد فعبر رؤوس أموالها

والذي يميز القرائد بمعناها الفني الدقيق عن هذه الاستحقاقات الدورية ، أن القوائد هي ريع دوري عن مبلغ من النقود ، أما الاستحقاقات الدورية فهي إما أن تكون ريعاً دورياً عن رأس مال ليس مبلغاً من النقود<sup>(١)</sup> ، وإما أن تكون ناتجة عن مبلغ من النقود ولكنها ليست ريع دوري<sup>(٢)</sup> .

### المطلب الثاني

جواز الزيادة على الحدود المقررة

٥٢١ - **النصر على الفانونية** : تنص المادة ٣٢١ من القانون المدني

على ما يأتي :

« من حيث استحقاق القوائد عنها . فحذف هذا النص في لجنة مجلس الشيوخ (انظر تاريخ نص المادة ٢٢٢ آنفاً فقرة ٥١٦ و الماش ) . ولكن يمكن تطبيق القوائد العامة الوصول إلى هذا الحكم ، وقد ورد في هذا الصدد في المذكرة الإيضاحية للشروع النهائي - وقد كان هذا المشروع يميز الأرباح المركبة بشروط كما قدمنا - ما يأتي : « ويلاحظ أن ما يستحق من الالتزامات في مواعيد دورية كالأجرة والإيرادات الدائمة (كذا) أو المرتبة مدى الحياة لا يعتبر من قبيل القوائد بمعناها الفني الدقيق . فيجوز تجسيد الأجر والإيرادات وما إليها دون حاجة إلى توافر الشروط الثلاثة التي تقدم ذكرها . ذلك أن هذه الالتزامات لا تفتقر عن سائر ضروب الالتزام بأداء مبلغ من النقود ، فهي تنتج ما يستحق عنها من القوائد من تاريخ المطالبة القضائية أو من التاريخ المطلق عليه ، ولو وقع الاتفاق قبل أن تصبح بذاتها واجبة الأداء . ولا يشترط فوق هذا أن يجل أجل الوفاء بها ، أو أن تكون مستحقة من سنة على الأقل . وكذلك يكون الحكم في رد الثمرات والقوائد التي يتولى التغير أداؤها للمدين وفاء للمدين - انظر المادة ١١٥٥ من القانون المدني الفرنسي والمادة ١٠٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي » . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٩ ) - وانظر في هذه المسألة في القانون الفرنسي : أوبري ورد ٤ فقرة ٣٠٨ ص ١٦٩ - ص ١٧١ - بودري وبارد ١ فقرة ٥٤١ - فقرة ٥٤٥ - ديموج ٦ فقرة ٤٢١ - فقرة ٤٢٦ مكررة - بلانول وريبير ورومان ٧ فقرة ٨٩١ .

(١) وذلك كالأجرة والاستحقاق في الوقت (الغيري يمد إلغاء الوقت الأهل) والثمرات التي يربحها المأثر بسوء نية مع فوائدها .

(٢) وذلك كالإيرادات المرتبة مدى الحياة فأنها ليست مجرد ريع بل يدخل فيها جزء من رأس المال - وإذا روي الغير القوائد المستحقة على المدين ، فإنه يرجع عليه بما وفاء من هذه القوائد ، وتعتبر رأس مال بالنسبة إلى الغير الذي وفاهما ، ومن ثم كان له أن يتقاضى فوائد عليها وفقاً للقواعد العامة (بودري وبارد ١ فقرة ٥٤١) .

« يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكليلى يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية » .

وتنص المادة ٢٣٣ على ما يلى :

« الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات ، ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضيه به العرف التجارى » (١) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٢٧/١٨٧ (٢) .

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السودانى المادتين ٢٣٢ و ٢٣٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ١٧٣ فقرة ٢ و ١٧٥ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٢٣٤ و ٢٣٦ ، وفى تقنين الموجبات والعقود البنائى المادة ٢٦٥ فقرة ثانية (٣) .

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٢٣١ : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجوز الدائن أن يطالب بتعويض تكليلى يضاف إلى الفوائد ، إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بفش منه أو بظلم جسيم » . وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٢٢٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « بسوء نية » بعبارة « بفش منه أو بظلم جسيم » ، تمسكاً مع التصديق الذى أجرى فى المادة ٢٣٦ (٢٢٩ مكرر) ، وأصبحت المادة رقمها ٢٣١ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٥٩٣ - ص ٥٩٥) .

م ٢٣٣ : ورد هذا النص فى المادة ٣١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٣ (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٥٩٨ و ص ٦٠٠) .

(٢) كانت المادة ١٢٧/١٨٧ من التقنين المدنى السابق تجرى على الوجه الآتى : « ومع ذلك يجوز أن يختلف قدر الفوائد المتجولة فى الحسابات الجارية على حسب اختلاف الجهات . وتنظم الفوائد المتجولة للأسفل فى الحسابات الجارية بحسب الفوائد التجارية » . ولا فرق فى هذا الحكم بين التقنينين الجديد والقديم .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السودانى ٢٣٢ و ٢٣٤ (مطابقان لمادتين ٢٣٢ و ٢٣٣ من التقنين المدنى المصرى) .

ويستخلص من التصور المتقدم أن هناك حالتين يمكن فيما أن يتقاضى الدائن فوائد تزيد على الحدود المقررة فيما تقدم : (١) تسبب المدعى بسوء نية في إحداث ضرر بمجاوزة القواعد (٢) الحساب الجبرى .  
ونستعرض كلا من هاتين الحالتين :

٥٢٢ - تسبب المدعى بسوء نية في إحداث ضرر بمجاوزة القواعد :  
تقتضى المادة ٢٣١ مدنى ، كما رأينا ، بمجاوز أن يطالب الدائن بتعويض تكميل يضاف إلى القواعد إذا أثبت أن المدعى قد تسبب بسوء نية في إحداث ضرر بمجاوز الضرر الذى جعلت القواعد تعويضاً له . ونلاحظ منذ الآن أنه قد مر نص مقابل لهذا النص ، هو المادة ٢٢٩ ، وتقتضى بأنه إذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النزاع ، فللقاضى أن يخفف القواعد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضى بها إطلاقاً ، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر .  
والقابل بين النصين واضح : هناك تسبب الدائن بسوء نية في إلحاق ضرر استثنائى بالمدعى ومن ثم جاز للقاضى تخفيض القواعد ، وهنا تسبب المدعى بسوء نية في إلحاق ضرر استثنائى بالدائن ومن ثم جاز للقاضى زيادة القواعد . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٣١ يوسع في النص فيقتضى بالتعويض التكميل في حالة ارتكاب المدعى لغش أو خطأ جسيم ، كما كان المشروع التمهيدى للمادة ٢٢٩ يكتفى بالخطأ من جانب الدائن فيما مر بنا . فمدلت لجنة مجلس الشيوخ النصين ، وتصدرت المحكم في كل منهما على حالة صدور غش من جانب الدائن أو المدعى .

على أن هناك نصاً مر بنا يماثل نص المادة ٢٣١ ، هو المادة ٢٢٥ وتقتضى بأنه

---

= القطين المدنى العراق م ١٧٣ فقرة ٢ و ١٧٥ ( مطابقتان لمادتين ٢٣١ و ٢٣٢ من القطين المدنى المصرى ، فيما دعا أن المادة ١٧٣ فقرة ٢ عراق تنص إلى غش المدعى خطأ الجسيم ) .  
القطين المدنى للملكة البنية المتحدة م ٢٣٤ و ٢٣٦ ( مطابقتان لمادتين ٢٣١ و ٢٣٢ من القطين المدنى المصرى ) .

تقنين للموجبات والتفرد البتالى م ٢٦٥ فقرة ٢ : غير أنه إذا كان المجهون سبى ، فنية ،  
جاز أن يعطى مخرج إثنائى للدائن الذى أمر به امتناع غير مشروع . ( وتوافق في الحكم حكم  
المادة ٢٣١ من القطين المدنى المصرى : انظر الدكتور صبحى المحمدي في آثار الالتزام في  
القانون المدنى البتالى ص ٣٥ - ص ٣٦ ) .



« إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بما أكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب خطأ أو خطأ جسيماً . والمثال بين النصين هو أيضاً واضح : ففي الحالتين يتجاوز الضرر قيمة التعويض المقر، وذلك بفعل المدين ، فيكون للدائن الحق في تعويض إضافي . ولا يفرق بين الحالتين إلا أن حالة منهما اتفق فيها المتعاقدان على مقدار التعويض في شرط جزائي . وفي الحالة الثانية التعويض هو من مبلغ من النقود سواء اتفق عليه أو كان بالسعر القانوني . ومن أجل هذا المثال عمد المشروع التمهيدى إلى المساواة في الشروط ما بين الحالتين ، فاشتراط في كل منهما غش المدين أو خطأه الجسيم (١) . ولكن لجنة مجلس الشيوخ اعتدت بالتقابل ما بين المادتين ٢٣١ و ٢٢٩ ، دون المثال ما بين المادتين ٢٣١ و ٢٢٥ ، فحذفت « الخطأ الجسيم » ، واقتصرت على « غش المدين » كما مر القول .

والنص الذى نحن بصدده - المادة ٢٣١ - نص جديد لم يكن له مقابل في التقنين المدنى السابق . ولكن يمكن القول إنه ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة . والمبدأ الذى يقوم عليه النص - كما هو الأمر في المادة ٢٢٩ - هو مبدأ التصف في استعمال الحق ، والمدين إذا تسبب بسوء نيته في إحداث ضرر استثنائى بالدائن فهو إنما يتصف في استعمال حقه في الدفاع ، كما يتصف الدائن في استعمال حقه في المطالبة (٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩٣ -

ص ٥٩٤ .

(٢) بل إن القضاء المصرى ، في عهد التقنين المدنى السابق كان يقضى بأنه إذا كان للدائن لا حق له إلا في الفوائد القانونية أو الاتفاقية تعويضاً له عن تأخر المدين في وفاء ما عليه ، إلا أنه يجوز أن يكون له حق في تعويضات أخرى غير الفوائد إذا أثبت أنه قد لحقه ضرر خاص من تأخر المدين وبسبب إصاحاله (مصر الكلية الوطنية ٢٩ مارس سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ص ١٩٢ - الأقصر ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ ص ١٢٠) ، فكان مجرد إهمال المدين يكفى لحكم عليه بتعويض تكميل ، وليس من الضروري أن يكون سوء نية . وقد كان القضاء الفرنسى مستقراً هو أيضاً على هذا المعنى . وصدر في فرنسا قانون في ٧ أبريل سنة ١٩٠٠ يسجل هذا القضاء ، ولكنه يشترط سوء نية المدين ، فأصبحت الفقرة الأخيرة من المادة ١١٥٣ من التقنين المدنى الفرنسى (المدة بهذا القانون) تنص : بأنه يجوز للدائن ، الذى ألحق به المدين المتأخر في الوفاء من سوء نية ضرراً غير مجرد التأخر ، أن يحصل على تعويض - (٢٩ قوسيط - ٢٩)

وتطبيق هذا الحكم يقتضى توافر شرطين :

(الشرط الأول) إحداث ضرر استثنائي للدائن ، لا يكون هو الضرر المألوف الذى ينجم عادة عن مجرد التأخر فى وفاة المدين بالتزامه . مثل ذلك أن يكون المدين عالماً بأن القائن ارتباط بالتزام يعتمد فى الوفاء به على استيفائه لحق من المدين فإن لم يستوف هذا الحق كان معرضاً لإجراءات شديدة من دالته قد تصل إلى حد شهر الإفلاس ، أو يكون المدين عالماً بأن أمام الدائن صفقة رابحة تعتمد فى إبرامها على استيفاء حقه ففاته الصفة بسبب تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه . فى الحالة الأولى أصاب الدائن خسارة فادحة ، وفى الحالة الثانية فاته ربح كبير<sup>(١)</sup> .

(الشرط الثانى) سوء نية المدين : فلا يكتفى حدوث الضرر الاستثنائى على النحو المتقدم الذكر ، بل يجب أيضاً أن يكون المدين سىء النية فى عدم الوفاء بالتزامه . ومجرد علمه بالضرر الاستثنائى لا يكتفى لثبوت سوء نية ، بل يجب أيضاً أن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدث ذلك لدائته من الضرر .

والدائن هو الذى يقع عليه عبء إثبات توافر الشرطين : ما لحق به من ضرر استثنائى وسوء نية المدين . ومنه أثبت ذلك ، كان له أن يقاضى من المدين تعويضاً تكليفاً يضاف إلى القوائد التأخيرية المستحقة فى دمة المدين لتأخره

= آخر مستغل من قوائمه الثمين ( انظر فى القوانين الفرنسى فى طه المسألة أوبرى ورو ٤ - ٣٠٨ ص ١٦٣ - بودى وبارد ١ - ٥٠٧ - ديجو ٩ - ٤٠٣ - ٤٠٤ - بلانويل وديجر وروان ٧ - ٨٧٩ - بيان ولا جلود ٨ - ٤٨٩ ص ٢٨٨ من المقتنين ص ٤٢٩ - انظر أيضاً المادة ١٠٦ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ٢٨٨ من المقتنين المدنى الألمانى ) . ويشترط هنا أن يكون الضرر غير مجرد التأخر ، أما فى المقتنين المدنى المصرى فقد يكون الضرر ناشئاً من مجرد التأخر ولكن يجب أن يكون ضرراً استثنائياً غير مألوف ( انظر الأستاذ اسماعيل غانم فى أحكام الالتزامات ٩١ ص ١١٦ ) .

(١) ويضرب أوبرى ورو مثلاً : شخص وعد آخر أن يقرضه مبلغاً من النقود حتى يتمكن من استعمال حق استرداد ، ثم لا يفي بوعده ، فيضج على صاحب حق الاسترداد حقه . فى طه الخانة يرجع الموهود بالقرض على القوائد بخصوص يساوى الضرر الذى أصابه من جراء تسليح حقه فى الاسترداد ، ولو زاد طه التصويض على القوائد لقي يقرضها لقانون ( أوبرى ورو ٤ - ٣٠٨ ص ١٦٣ وطمش ولم ٥٠ - انظر أيضاً بودى وبارد ١ - ٥٠٨ ) .

في الرضاء بالدين<sup>(١)</sup>. وهذا للتعويض التكميل هو التعويض عن الضرر الاستثنائي الذي ألحقه المدين بالذات بسوء نيته ، فيجربى في شأنه قواعد التقدير القضائي التعويض ، ويقاس بمقدار مالحق للذات من خسارة وما فاتته من ربح .

### ٥٢٣ - الحساب الجارى : وتقضى المادة ٢٣٣ مدنى ، كما رأينا ،

باستثناء الحساب الجارى من بعض القواعد التى تفروت في نظام الفوائد . وهناك قواعد أخرى استثنى منها الحساب الجارى ، وقد مر ذكرها ، فنحصر تلك الاستثناءات وهذه فيما يأتى :

أولاً - من ناحية المطالبة القضائية : لا يشترط في سريان الفوائد التأخيرية بالنسبة إلى الحساب الجارى المطالبة القضائية ، بل ولا الإصدار . فجرد الخصم والإضافة في الحساب الجارى يجعل الفوائد التأخيرية تسرى دون حاجة إلى أى إجراء آخر<sup>(٢)</sup>. وقد تقبلم ذكر ذلك .

ثانياً - من ناحية السعر القانونى التجارى : وهذا ما تقضى به المادة ٢٣٣ مدنى . فالسعر القانونى التجارى للفوائد التأخيرية هو ، كما قلنا ، ٥٪ . ولكن في الحساب الجارى يختلف هذا السعر ، وفقاً للعرف التجارى ، بحسب اختلاف الجهات . فيقضى بسعر الجهة ، ولو زاد أو نقص عن ٥٪ . والحساب الجارى لا يستثنى في هذه الناحية إلا في السعر القانونى التجارى . فلا يستثنى في السعر القانونى المدنى وهو ٤٪ ، بل ينطبق هذا السعر عليه . كذلك لا يستثنى في السعر الاتفاقى ، فيبقى الحلد الأقصى لهذا السعر ، حتى بالنسبة إلى الحساب الجارى ، هو ٧٪<sup>(٣)</sup> .

(١) ويلاحظ أن القواعد لا يمكن إلا أن تكون فوائده تأخيرية كما هو الأمر في صدد المادة ٢٢٩ ، سواء كانت هذه الفوائد التأخيرية بسعر اتفاق أو بسعر قانونى .

(٢) استئناف مخطط ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٩٢ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ - ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٠ - ٨ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٩ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢ - فإذا ما أثقل الحساب الجارى صار رصيده ديناً تستحق عليه الفوائد من وقت إقفال الحساب الجارى (استئناف مخطط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣١٢ - ١٦ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٢ - ٢٩ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٤٥ - ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٩) ، اتفاقية كانت أو قانونية .

(٣) استئناف مخطط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٧ .

ثالثاً - من ناحية تجرد القوائد وتقاضى فوائد على التجمد منها : وهنا أيضاً يستثنى الحساب الجارى ، كما تقضى بذلك المادة ٢٣٣ مدنى<sup>(١)</sup>. فقد رأينا أن القوائد المركبة محرمة ، ولكن القانون استثنى الحساب الجارى من هذا التحريم. ويتبع في طريقة حساب القوائد المركبة في الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى<sup>(٢)</sup>.

رابعاً - من ناحية عدم جواز زيادة مجموع القوائد على رأس المال : وقد يتناقش في تقدم أن الحساب الجارى يستثنى من هذا الخطر ، لأن هذا هو ما تقضى به القواعد والعادات التجارية<sup>(٣)</sup>.

---

(١) استئناف مخطوط ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٧ - ١٨ نولبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٢ .

(٢) ويؤسس بودوى وبارد هذا الاستثناء على مبدأ عدم قابلية الحساب الجارى للجزئية (indivisibilité du compte courant) ، فلا يصح أن يجزأ رصيد الحساب الجارى فيعتبر بعض هذا الرصيد فوائد ، بل إن عناصر الحساب الجارى تلتفد ذاتيتها وتنتسج جميعاً ، بطريق التجميد ، في وحدة لا تتميز فيها القوائد عن رأس المال. (بودوى وبارد ١ فقرة ٥٤٦) . وهذا التحليل يؤدي إلى استثناء الحساب الجارى من قاعدة تحريم الربح المركب، حتى لو كان حساباً غير تجارى ، لأن طبيعة الحساب الجارى واحدة ، تجارياً كان الحساب أو علمياً (بودوى وبارد ١ فقرة ٥٤٩ - ديجوج ٦ فقرة ٤٢٧ - فقرة ٤٢٩) .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد ، في صدد استثناءات الحساب الجارى ما يأتي : «دوراضى أن الحساب الجارى يخرج من نطاق تطبيق القواعد الخاصة بالقوائد ، وأصبح العرف محكاً فيه . فقد تقدم أنه استثنى من تلك القواعد فيما يتعلق بهذه سرعان فوائد التأخير فيما يتعلق بتجديد القوائد . وقد استثنى منها كذلك فيما يتعلق بسمر الفائدة القانونية التجارية ، فلا يحتم أن يكون هذا السمر ٥ ٪ ، بل يجوز أن يختلف تبعاً لظروف الأسواق الجارية في الأسواق (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٥٩٩) .

ولهذا الاستثناءات بالنسبة إلى الحساب الجارى كان مسموحاً في هاتين المدنى السابق (انظر الموجز للولف فقرة ٤٥٣ ص ٤٥٨) .

# الجزء الثالث

## أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

٥٢٤ - أموال المدين ضامنة لالتزاماته - نص صريح قانوني :

تنص المادة ٢٣٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بدينونه .

٢ - وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون<sup>(١)</sup> .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٥٥٤ - ٥٥٥ / ٦٧٨ - ٦٧٩<sup>(٢)</sup> .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٣٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٦٠ ، وفي التقنين المدني الليبي

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣١٢ من المشروع النهائي على وجه مطابق لما أسطر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤١ من المذروح النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٤ (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٦٠١ - ص ٦٠٢) .

واظهر المذكرة الإيضاحية المشروع النهائي في مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٦٠٢ و ص ٦٠٣ .

(٢) التقنين المدني السابق م ٦٧٨/٥٥٤ : الدائنون كل خمسة أنواع : الأول - الدائنون المأجورون الذين يسعفون ديونهم من جميع أموال مدينهم بنسبة لهم دون كل واحد منهم ... م ٦٧٩/٥٥٥ : يجوز للدائنين المأجورين أن يسعفوا ديونهم من جميع أموال مدينهم ، لكن مع مراعاة الإجراءات المقررة في القانون .

ولا يوجد فرق ما بين التقنينين الجديد والقديم في هذه المباحث العامة .

المادة ٢٣٧، وفيه بتقنين الموجبات والعقود البنائي المواد ٢٦٨-٢٧١ و٢٧٥<sup>(١)</sup>.  
وبين من النص المتقدم أن اللاتين يتفقدون بحقوقهم على أموال المدين .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٣٥ (مطابقة المادة ٢٣٤

من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٢٦٠ (مطابقة المادة ٢٣٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني للمملكة العربية السعودية م ٢٣٧ (مطابقة المادة ٢٣٤ من التقنين المدني المصري) .  
تقنين الموجبات والعقود البنائي م ٢٦٨ : فدان حق ارتبان عام على ممتلكات المدين لا على أفراد ممتلكاته . وهذا الحق، الذي يكسب الدائن سعة الخلف العام للمدين ، لا يمنحه حق التمتع ولا حق الأفضلية . فالهائون المدينون هم في الأساس مساوون ، لا تميز بينهم بسبب التواريخ التي نشأت فيها حقوقهم ، إلا إذا كان هناك أسباب أفضلية مشروطة ناشئة من القانون أو الاتفاق . م ٢٦٩ : الحق ارتبان الدائن خصائص كل منها وسيلة موصوفة ومن تصرفه لا يمكن بها من الحصول على ما يحق له - وبمضي تلك الوسائل احتياطي محض ، وبمضي يرى مباشرة إلى التنفيذ الإجباري . وهناك فئة تالفة من الوسائل متوسطة بين التقنين السابقين ، وضمت لتسهيل التنفيذ الإجباري وإعطاء أسبابه . م ٢٧٠ : إن الوسائل الاحتياطية ، كوضع الاعتام وقيد الزمن وقطع مرور الزمن الجاري ، يحق لكل دائن أن يفتقر بها وإن كان حقه معلقاً على أجل أو على شرط . م ٢٧١ : أما وسائل التنفيذ فهي بالعكس لا يجوز الدائن استعمالها إلا إذا كان حقه مستحق الأتمام - وأخص تلك الوسائل المحيز للتنفيذ ، ومنها أيضاً طريقة التفريغ (م ٢٥١) وحق الحبس ، أي حق كل شخص دائن ومدين معاً في معاملة أو حالة واحدة بأن يفتقر من التنفيذ ما دام التفريق الآخر لم يهرضه القيام بما يجب عليه . م ٢٧٥ : إن الوسائل المتوسطة التي تمهد سبيل التنفيذ لحق ارتبان الدائن بدون أن يتم ذلك التنفيذ هي : الدعوى غير المباشرة والدعوى الجبلانية وحق التفريق بين مملوكين .

وهذه النصوص تتفق مع المبادئ العامة التي تراعى في التقنين المدني المصري والتقنينات المدنية العربية، والتي سنورد بعضها على . ولكن يلاحظ ما يأتي: (١) صرح التقنين البنائي أن الدائن خلف عام للمدين، وهذه مسألة فقهية يحسن ألا يعرض لها المشرع . (٢) جعل التقنين البنائي حق الحبس من وسائل التنفيذ ، وهو أقرب إلى الطرق المتوسطة لأنه يمهّد لتنفيذ دون أن ينفقه . (٣) ذكر التقنين البنائي « حق التفريق بين مملوكين » (séparation des patrimoines) بين الوسائل المتوسطة ، وفي هذا يقوم بعض الجدل (انظر على ما ج ٣ فقرة ١٧٦ ص ١٩٣) . وهو على كل حال متصل بالمبوبات في القانون الفرنسي ، وذكره على هذا الوصف بلاتيرول وديوير وردوان ، وكذلك جوسران ، وسار التقنين البنائي على قرار جوسران . (٤) أدخل التقنين البنائي دعوى السعودية ، كما أدخلها التقنين الفرنسي . ولكن هذه الدعوى معترف بها في لبنان ، تطبيقاً لقواعد العامة وبعض نصوص تقنين أصول المحاكمات المدنية (م ١٦٠-١٦١) ، وانظر أيضاً في الاسم المنصاري (procès) المادة ٧٩٩ من تقنين الموجبات والعقود (الدكتور صبي الحمصاني في آثار الالتزام في القانون خلف البنائي ص ٩٨ - ص ٧١) .

وسواء كان التنفيذ عينياً أو كان بطريق التعويض ، فإن مال المدين هو الذى يكون عللاً لهذا التنفيذ .

فأموال المدين هي إذن الضمان العام (gage commun) للدائنين . ولا يلجئ إلى هذا الضمان العام بالتأمين الخاص الذى يقع على مال معين للمدين لمصلحة أحد دائنيه ، فيقدمه على غيره من الدائنين . فالضمان العام يتساوى فيه كل الدائنين ، ولا يتقدم فيه دائن على آخر . وإنما يتقدم الدائن على غيره إذا كان له تأمين خاص كما قدمنا ، كرهن أو اختصاص أو امتياز ، وهذا ما عتته الفقرة الثانية من النص عند ما قالت : « إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون » . ولكن هذا التقدم لا يستمد من الدائن من الضمان العام ، وإنما يستمد من التأمين الخاص ، وبالنسبة إلى العين التى يقع عليها هذا التأمين وحدها .

ولا يكفل الضمان العام حق التبع لأحد من الدائنين . فإذا باع المدين شيئاً من ماله ، خرج هذا المال من الضمان العام ، ولا يستطيع الدائن العادى أن يتبعه في يد المشتري كما كان يستطيع لو أن له تأميناً خاصاً على المال <sup>(١)</sup> . فقدد البيع الصادر من المدين يسرى إذن في حق الدائن . وقد حل ذلك بعض الفقهاء إلى القول بأن الدائن يعتبر خلفاً للمدين ، ما دام تصرف المدين ينقض أو يزيد في الضمان العام <sup>(٢)</sup> . والصحيح أن الدائن العادى لا يعتبر خلفاً عاماً ولا

---

(١) وهذه هي إحدى نتائج نظرية الفضة المالية (patrimoine) ، إذ الفضة المالية هي مجموع الحقوق الموجودة أو التى قد توجد والالتزامات الموجودة أو التى قد توجد لشخص معين . فيستخلص من ذلك أن الفضة مجموع (universalité) من المال . ويتوجب على أن الفضة مجموع من المال أن يكون للدائنين حق ضمان عام على هذا المجموع لا على مال معين بالذات . وهذا هو الذى يفرض أن الدائن يستطيع التنفيذ على مال المدين لم يكن ملكاً له وقت نشوء الدين ، فلما دخل في ملكه اندمج في المجموع وأصبح أحد عناصره . ويفرض كذلك أن الدائن لا يستطيع التنفيذ على مال كان ملك المدين وقت نشوء الدين وخرج من ملكه وقت التنفيذ ، لأن هذا المال قد انفصل عن المجموع فلم يعد محسوباً ضمن عناصره (انظر مصادر الحق في الفقه الإسلامى لمؤلف ١ ص ١٧ هامش رقم ١ — وانظر جوسران ٢ فقرة ٦٤٩ - ٦٥٠) — ثم انظر في رفض نظرية الفضة المالية الأستاذ اسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ٩٥ وكذلك رسالته غير المطبوعة في نظرية الفضة المالية ) .

(٢) انظر في هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ٦٤٩ ، وتقنين الموجبات والقعود الجائز

م ٢٦٨ — وانظر مكس ذلك كولان وكاهنات ومورالديز ٢ فقرة ٤٢٢ .

خلفاً عنهما للمدين . وإنما هو ممن يسرى في حقهم تصرف المدين ، باعتبار أن هذا التصرف واقعة مادية (fait matériel) أنقصت أو زادت في ضيائه العام ، لا باعتبار أنه تصرف قانوني (acte juridique) أنشأ حقاً أو التزاماً في جانبه<sup>(١)</sup>.

والضمان العام الذي للدائن يحول له أن يستأدى حقه من أموال مدينه كما قدمنا . وله أن يتخذ على هذه الأموال طرقاً تحفظية وطرقاً تنفيذية وطرقاً هي وسط ما بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية . وهذه الطرق جميعاً إنما ترتب على هذا الضمان العام ، وتقوم على أساسه ، والفرض منها هو تأكيده وتقويته<sup>(٢)</sup>.

### ٥٢٥ - الطرق التحفظية والطرق التنفيذية : والأصل أن جميع

أموال المدين يجوز التنفيذ عليها ، ومن ثم يجوز أن تتخذ في شأنها إجراءات تحفظية . على أن هناك بعضاً من هذه الأموال استثناه القانون<sup>(٣)</sup> . من ذلك أموال نص القانون على عدم جواز التزول عنها للغير ، كحق الاستعمال وحق السكنى (م ٩٩٧ مدني) ، فلا يجوز إذن التنفيذ على هذه الأموال ولا الحجز عليها . ومن ذلك أموال لا يجوز التنفيذ عليها لأسباب إنسانية ترجع إلى الشفقة بالمدين

(١) وإذا كان الخلف يسرى في حقه تصرف السلف ، فليس كل شخص يسرى تصرف الغير في حقه يعتبر خلفاً له . وإنما الخلف هو أحد الطوائف المصددة التي يسرى تصرف الغير في حقها . وكما يسرى التصرف في حق الخلف ، يسرى في حق الأصل وفي حق المنتفع في الافتراء لمصلحة الغير وفي حق الدائن ، وذلك دون أن يعتبر هؤلاء خلفاً .

(٢) انظر المواد ٢٦٩ — ٢٧١ و ٢٧٥ من تقنين الموجهات والمفرد البتاني وقد سبق ذكرها ( انظر آتياً فقرة ٥٢٤ في الخامس ) .

(٣) وقد كان المشروع التمهيد يضمن تصرفاً تقص تهرأ على حق الدائن في التنفيذ على أموال مدينه ، هي المواد ٢٢٦ — ٢٣٠ من هذا المشروع . وقد حلت هذه المواد في لجنة مجلس القضاء ، اكتمل بما جاء في تقنين المرافعات في هذا الشأن . ولكن تقنين المرافعات لم يشتمل على هذه المواد جميعاً ، بل أغفل منها المادتين الآتيتين : م ٢٢٧ من المشروع التمهيد : إذا أثبت المدين أن سائق ما تنقل أمواله من إيراد خالص في سنة واحدة يني بصاد الدين من أصل وفوائده ومصرفاته ، وحرص أن ينفوس الدائن في استيفاء هذا الإيراد ، جاز إيقاف إجراءات التنفيذ ، على أن يعود إليها الدائن إذا جد ما يحول دون استيفائه لحقه . م ٢٢٩ من المشروع التمهيد : ١ — إذا كان بعض مال المدين يني بحق الدائن كاملاً ، وجب قصر إجراءات التنفيذ على هذا المال . ٢ — ويبدأ الدائن بالمال الذي يكون ينيه أكل كلفة على المدين . ( انظر هذه التنصوص وطكراتها الإيضاحية وأعمالها التنفيذية في مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٦٢٩ - ص ٦٤٦ في المراسم ) .



والرغبة في أن يترك له الكفاف من العيش . وقد نصت المادة ٤٨٤ من تقنين المرافعات على أنه لا يجوز الحجز على القراض اللازم للمدين وزوجه وأقاربه وأصحابه على عمود النسب المقيمين معه في مبيشة واحدة ، ولا على ما يرتدونه من الشباب . ونصت المادة ٤٨٥ من هذا التقنين على أنه لا يجوز الحجز على الأشياء الآتية إلا لاقتضاء ثمنها أو مصاريف صيانتها أو نفقة مقررة : (١) الكتب اللازمة لمهنة المدين وأدوات الصناعة التي يستعملها بنفسه في عمله . (٢) المتاد الحربي المملوك له إذا كان من العسكريين مع مراعاة رتبته . (٣) الحبوب والدقيق اللزيمين لقوته هو وعائلته لمدة شهر . (٤) جاموسة أو بقرة أو ثلاث من الماعز أو التاج مما ينتفع به المدين وما يلزم لغذائها لمدة شهر ، والخيار للمدين . ونصت المادة ٤٨٦ على أنه لا يجوز الحجز على ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتاً للنفقة أو للصرف منها في غرض معين ، ولا على المبالغ والأشياء الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة إلا بقدر الربع وفاء لدين نفقة مقررة . ونصت المادة ٤٨٧ على أن المبالغ والأشياء الموهوبة أو الموصى بها مع اشتراط عدم جواز الحجز عليها لا يجوز حجزها من دائي الموهوب له أو الموصى له الذين نشأ دينهم قبل المبة أو الوصية إلا للدين نفقة مقررة وبالنسبة الميئنة في المادة السابقة<sup>(١)</sup> . ونصت المادة ٤٨٨ على أنه لا يجوز الحجز على أجور الخدم والصناع والعمال أو مرتبات المستخدمين إلا بقدر الربع ، وعند التزام شخص نصفه لوفاء ديون النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداها من الديون . ونصت المادة ٤٨٩ على أنه لا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخص لوفاء حقه إلا إذا كان ما خصص للوفاء غير كاف ، وعندئذ يكون التنفيذ على غير المال المخصص بأمر على عريضة من قاضي الأمور الوقفية . ونصت المادة ٤٩٠ على أن العمل بالأحكام المتقدمة لا يخل بالقواعد المقررة أو التي تقرر في القوانين الخاصة بشأن عدم جواز الحجز أو التنفيذ أو التنازل . ومن ذلك قانون الخمسة الألفنة ( القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٥٣ وقد حل محل القانون رقم ٣١ لسنة ١٩١٢ ) .

وفيها عدا ما تقدم ، يجوز للدائن ، بالنسبة إلى أموال مدينه ، أن يتخذ الطرق

(١) انظر أيضاً المادتين ٨٢٣ - ٨٢٤ من التقنين المدني .

## التحفظية والطرق التنفيذية .

والطرق التحفظية على نوعين : (١) طرق يتخذها الدائن بالنسبة إلى حقه الذى يريد التنفيذ به ، أى يتخذها فى ماله . مثل ذلك أن يقطع التصادم بالنسبة إلى هذا الحق حتى يمنعه من السقوط ، أو أن يقوم ببيع رهن ضامن للحق ، أو بتجديد لقيود هذا الرهن ، أو بطلب تحقيق إقصاء مدبته على سند الدين ، أو نحو ذلك . (٢) وطرق يتخذها بالنسبة إلى أموال المدين حتى يحافظ عليها من الضياع ، وهى الضمان العام لحقه كما قلنا . مثل ذلك أن يضع الاختام عليها عند موت المدين أو إفلاسه ، أو أن يحرر محضر جرد بها ، أو أن يتدخل فى إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه (م ٨٤٢ مدنى) ، أو أن يتدخل خصماً ثالثاً فى الدعاوى التى ترفع من مدبته أو عليه حتى يرقب سير الدعوى ويمنع تواصل المدين مع الخصم لإضراراً بحقوقه<sup>(١)</sup> .

أما الطرق التنفيذية فقد تكفل ببيانها تقنين المرافعات . ولا يجوز التنفيذ إلا اقتضاء لحق محقق الوجود معين المقدار حال الأداء (م ٤٥٩ مرافعات) . ويجب أن يسبق التنفيذ حصول الدائن على سند تنفيذى (titre exécutoire) . والسندات التنفيذية هى الأحكام والأوامر والعقود الرسمية والأوراق الأخرى التى يعطىها القانون هذه الصفة . وقد مر بنا أن الصورة التنفيذية للأوراق الرسمية يجوز التنفيذ بها دون حاجة إلى الحصول على حكم . غير أن هناك فرقاً بين التنفيذ بحكم والتنفيذ بورقة رسمية . فالتنفيذ بالحكم لا يعترضه من الصعاب إلا إشكالات التنفيذ المعروفة . أما إذا كان التنفيذ بورقة رسمية فيجوز للمدين ، عند المعارضة فى التنبيه (commandement) الذى يسبق التنفيذ ، أن يظن فى هذه الورقة بالزور أو أن يقدم ضدها من الدفوع الشكلية والموضوعية ما يسمح به القانون ، فيرجع

(١) بلانيول وريبير وروبولان ٧ فقرة ٨٩٣ - بيدان ولاجار ٨ فقرة ٤٥٨ - جوسران ٢ فقرة ٦٥٢ - فقرة ٦٥٣ - بلانيول وريبير وهولانجه ٢ فقرة ١٤٦٤ - فقرة ١٤٨١ .  
ويلاحظ أن الدائن يتخذ هذه الإجراءات التحفظية باسمه هو (proprio nomine) لا باسم المدين ، فهو يستصل حقاً مباشراً له لا حقاً للمدين . ولما كان الإجراء الذى يتخذها الدائن هو مجرد إجراء تحفظي ، فإنه يجوز له اتخاذه حتى لو كان حقه مقترناً بأجل أو مطلقاً على شرط ، بل حتى لو كان حقه حقاً احتمالياً على خلاف فى الرأى (جوسران ٢ فقرة ٦٥٤) .

الأمر في النهاية إلى القضاء ، والحكم الذي يصدره القضاء هو الذي يصبح السند التنفيذي بعد ذلك <sup>(١)</sup> .

فإذا ما حصل الدائن على السند التنفيذي أمكنه التنفيذ به على أموال المدين <sup>(٢)</sup> والتنفيذ يكون عادة بالحجز على هذه الأموال وبيعها . وقد فصل تقنين المرافعات إجراءات التنفيذ على منقولات المدين ( م ٤٩٨-٥٤٢ مرافعات ) ، وحجز ما للمدين لدى الغير ( م ٥٤٣-٦٠٩ مرافعات ) ، والتنفيذ على عقارات المدين ( م ٦١٠-٧١١ مرافعات ) . ثم نظم هذا التقنين أيضاً إجراءات توزيع ما ينتج من حجز أموال المدين وبيعها على الدائنين ، سواء كان ذلك عن طريق التقسيم بالخاصة أو عن طريق التوزيع بحسب درجات الدائنين ( م ٧٢٤-٧٨٥ مرافعات ) .

(١) هذا إلى أنه لا يمكن بالورقة الرسمية إلا تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، أما التنفيذ بطريق التوفيق فيقتضي الحصول على حكم لتقدير التوفيق إذا لم يكن مقدراً في شرط جزائي . والتنفيذ بالورقة الرسمية لا يمنع من جواز إعطاء المدين مهلة (*délai de grâce*) لتنفيذ التزامه . انظر في كل ذلك على ما يلي ٣ فقرات ٩١ .

(٢) ويوجه إلى جانب الحجز التنفيذية ، حيزوتحفظية وهذه لا تقتضي الحصول على سند تنفيذي . ومن أهم الحيزوتحفظية حيز ما للمدين لدى الغير حيزاً تحفظياً . وتوجه حيزوتحفظية أخرى تكفل ببيعها تقنين المرافعات . فقد نصت المادة ٦٠١ من هذا التقنين على أن « الدائن أن يوقع الحجز التحفظي على منقولات مدينه في الأحوال الآتية : (١) إذا لم يكن للمدين موطن مسطر بمصر . (٢) إذا خشي الدائن فرار مدينه وكان لذلك أسباب جديده (٣) إذا كانت تأميمات الدين مهدده بالنضاج (٤) إذا كان الدائن حاملاً لكهيلة أو سند تحت الإذن وكان المدين تاجراً له تزويج على الكهيلة أو السند يلزمه بالوفاء بحسب قانون التجارة . (٥) إذا كان للمدين تاجراً وقامت أسباب جديده يتوقع منها تهريب أمواله أو إخفاؤها » . ونصت المادة ٦٠٢ على أن « للرجع القادر أن يوقع في مواجهة المستأجر أو المتأجر من البطلان الحجز التحفظي على المنقولات والأثاث والمحتصرات الموجودة بالمدين المؤجرة ، وذلك ضماناً على الإحياء المقرر في القانون المدني ... » . ونصت المادة ٦٠٣ على أن « للمالك المنقول أن يوقع الحجز التحفظي عليه عند من يحرره » . ونصت المادة ٦٠٤ على أنه « لا يوقع الحجز التحفظي في الأحوال المتضمنة الذكر إلا بأمر من قاضي الأمور التوقيعية بالهتكة التابع لها موطن المحجوز عليه ، ولا يجوز الأمر به لغير حال الأداء أو غير محقق الوجود . ومع ذلك فلا حاجة إلى هذا الأمر إذا كان بيد الدائن حكم غير واجب التنفيذ ... » . ونصت المادة ٦٠٧ على أنه « إذا حكم بحسبة الحجز فنتج الإجراءات المقررة للبيع في الفصل الأول من هذا الباب ، أو يجري التنفيذ بتسليم المنقول في الحالة المشار إليها في المادة ٦٠٣ » . ونصت المادة ٦٠٩ على أنه « إذا حكم ببطان الحجز التحفظي أو بإلغائه لاتقدم أسلحه ، جاز الحكم على المحجز بفرامة لا تزيد على عشرين جنيناً فضلاً عن التضييعات المحجوز عليه » .

٥٣٦ - طرق وسطى ما بين التحفظية والتنفيذية : قلنا أن هناك طرقاً وسطاً ما بين التحفظية والتنفيذية . فلا هي مقصورة على مجرد التحفظ على أموال المدين كما هو الأمر في الطرق التحفظية ، ولا هي تؤدي مباشرة إلى استيفاء الدائن حقه كما هو الأمر في الطرق التنفيذية . بل هي بين بين . فهي أقوى من الطرق التحفظية إذ هي تمهيد للتنفيذ ، وهي أضعف من الطرق التنفيذية إذ أن التنفيذ يحقها دون أن تستغرقه (١) .

وهذه الطرق ترد جميعها إلى أصل واحد ، هو المبدأ العام الذي تقدم ذكره من أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته . فهذا الضمان العام يخول للدائن أن يرقب أموال المدين ، ما دخل منها في ذمة المدين وما خرج ، حتى يأمن على ضمانته من أن ينقصه غش المدين أو تقصيره . وهذه الطرق من مباحث القانون المدني لا من مباحث قانون المرافعات ، لأنها تنزع مباشرة عن مبدأ الضمان العام للدائنين كما سبق القول .

وقد حدد التقنين المدني الجديد منها خمسة : دعاوى ثلاثاً وطريقين آخرين استعملتهما هذا التقنين .

أما الدعاوى الثلاث فهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورة . ففي الأولى يدفع الدائن عن نفسه نتائج تهاون المدين أو غشه إذا سكت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينة نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة ، وبذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ بحقه بعد ذلك . وفي الثانية - الدعوى البولصية - يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين إذا عمد هذا إلى التصرف في ماله إضراراً بحق الدائن ، فيطعن الدائن في هذا التصرف ليجعله غير نافذ في حقه ، فيعود للمالك إلى الضمان العام تمهيداً لتنفيذ عليه . وفي الثالثة - دعوى الصورة - يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين أيضاً إذا عمد هذا إلى التظاهر بالتصرف في ماله ليخرجه من الضمان العام بتصرف صوري ، فيطعن الدائن في هذا التصرف بالصورية حتى يكشف عن حقيقته ، ويستبقى

(١) بلاتريك وريجور ورومان ٧ فقرة ٨٩٣ من ٢٢٧ - جورمان ٢ فقرة ٦٥٩ -  
ص ١٧٧ .

بذلك مال المدين في ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ عليه بحقه . فالدائن في هذه الدعاوى الثلاث إما أن يبقى في ضمانه العام ما كاد أن يخرج بالدعوى غير المباشرة ، وإما أن يبيد ما خرج بالدعوى البولصية ، وإما أن يستبقى ما لم يخرج إلا بظاهراً بدعوى الصورية . ونرى من ذلك أن هذه الدعاوى الثلاث تركز كلها في فكرة الضمان العام للدائنين<sup>(١)</sup> .

وهناك طريق رابع استحدث فيه التصبن للمنفى تمهيداً ، هو حق الدائن في حبس مال المدين . وهذا أيضاً إجراء ما بين التحفظي والتنفيذي . فهو أقوى من التحفظي لأن الدائن إنما يتخذ تمهيداً للتنفيذ بحقه ، وهو أضعف من التنفيذي لأن الدائن لا يستطيع الوقوف عند حبس مال المدين ليستوفي حقه بل عليه بعد ذلك أن يتخذ إجراءات التنفيذ على المال المحبوس .

وبلاحظ أن هذه الطرق الأربعة — الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية والحق في الحبس — كلها إجراءات فردية ، يتخللها كل دائن بمفرده وحسابه الشخصي . ثم هي إجراءات ليس من شأنها أن تغل يد المدين عن ماله ، فلا يزال المدين يستطيع التصرف فيه ، ومباشرة جميع حقوقه عليه . والطريق الخامس هو أيضاً إجراء فردي ، يتخلله أى دائن بمفرده ، ولكنه إجراء من شأنه أن يغل يد المدين عن ماله ، وذلك هو شهر إحصار المدين . فقد

---

(١) وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص ، هو المادة ٣١٣ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « يجوز للدائن ، بما له من الحق على أموال مدينه ، أن يحصل حقوق هذا المدين . وله أيضاً أن يظن في تصرفاته إذا اضطرت على القبض أو كانت صورية . وعليه أن يراسي في كل ذلك القواعد المنصوص عليها في المواد الآتية » . وجاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص : « يترتب على ضمان أموال المدين لحقوق دائنيه ، وفقاً للمبدأ الذي تقدمت الإشارة إليه ، أثر عمل بالغ الأهمية . وهذا الأثر بذاته يعتبر بمنزلة الأصل والعللة من دعاوى ثلوث ، شرحت لتتبع لكل دائن من الدائنين أن يدرأ عن حقوقه ما قد يتنازل من جراء إحصار المدين أو سوء نيته : وهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية . فالدائن إذا استحصل حقوق مدينه ، أو ظن في تصرفاته المعقودة إضراراً به ، حقيقية كانت تلك التصرفات أو صورية ، لا ينتهي نشاطه إلا إلى المحافظة على أموال هذا المدين ، وفي تمام ما كمل له القانون من ضمان » .

وقد حلت لجنة المراجعة هذا النص ، لأنه مجرد ترداد لما سيأتى ( انظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٦٠٧ عاشر رقم ١ ) .

تكفل التفتين الجديد - على خلاف التفتين السابق وأكثر التفتينات اللاتينية - بتنظيم إجراءات هذا الإعسار ، حتى يستطيع الدائن من وراء ذلك أن يستوفى حقه من أموال مدينه دون أن يخشى غش المدين أو تهاونه . فإجراءات الإعسار هي أيضاً تقوم على فكرة الضمان العام للدائنين ، وهي إجراءات أقوى من الإجراءات التحفظية إذ هي تغل يد المدين عن التصرف في ماله ، وأضعف من الإجراءات التنفيذية إذ لا تكفى وحدها للوفاء بحق الدائن ، بل لابد للدائن من اتخاذ إجراءات تنفيذية لاستيفاء هذا الحق من أموال المدين الذى شهر إعساره .

فنبعث إذن في فصول متعاقبة هذه الطرق الخمسة :

- (١) الدعوى غير المباشرة (action oblique, indirecte) ونذبلها بالدعوى المباشرة (action directe) .
- (٢) الدعوى البولصية (action paulienne, révocatoire) .
- (٣) دعوى الصورية (action en simulation) .
- (٤) الحق فى الحبس (droit de rétention) .
- (٥) الإعسار (déconfiture) .

## الفصل الأول

### الدعوى غير المباشرة\* والدعوى المباشرة

(Action oblique, indirecte, subrogatoire — Action directe)

٥٢٧ - **مفظة البحث :** يبحث : (أولاً) شروط الدعوى غير المباشرة .  
(ثانياً) ما يترتب عليها من آثار . (ثالثاً) الدعوى المباشرة .

## الفرع الأول

### شروط الدعوى غير المباشرة

٥٢٨ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٣٥ من القانون المدني على ما يأتي :

١ - لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان متصلاً منها بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز .

٢ - ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا ، إلا إذا اثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق ، وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إضراره أو أن يزيد في هذا الإضرار . ولا يشترط إضرار المدين لاستعمال حقه . ولكن

---

\* مراجع في الدعوى غير المباشرة : لابييه (Labbé) في استعمال الدائن لحقوق المدين ( مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٨٥٦ — بيلك (Bosc) يبحث في حق الدائنين في استعمال دعاوى مدنيهم رسالة من أكس سنة ١٩٠٢ — دوبييه (Dubey) في الدعوى غير المباشرة رسالة من ديجرون سنة ١٩٢٦ .

يجب إدخاله خصماً في الدعوى<sup>(١)</sup> .

ومقابل هذا النص في التفتين المدني السابق المادة ٢٠٢/١٤١<sup>(٢)</sup> .

ومقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري المادة ٢٣٦ ، وفي التفتين المدني العراقي المادة ٢٦١ ، وفي التفتين المدني الليبي المادة ٢٣٨ ، وفي تفتين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٧٦ الفقرات ١ و ٣<sup>(٣)</sup> .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣١٤ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين الجديد ، فيما حدا عبارة « وأن عدم استماله لها » الواردة في الفقرة الثانية فقد كانت في المشروع التمهيدى « وأن إحالة في ذلك » . وفي لجنة المراجعة استبدلت العبارة الأولى بالعبارة الثانية ، وأصبح رقم المادة ٢٤٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٥ ( بمجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٦٠٧ و ص ٦٠٩ - ص ٦١٠ ) .

(٢) كانت المادة ٢٠٢/١٤١ من التفتين المدني السابق تجرى حل الوجه الآتي : « لا ترتب حل المشاركات متفقة لغير مالهها ، إلا لمادى المالك » ، فانه يجوز لم يقضى مالم من الحق حل محرم أسواق منهم أن يقيموا باسمه الدعوى التي تنشأ عن مشاركاته أو عن أي نوع من أنواع التصهات ما حدا للدعوى الخاصة بشخصه » .

وشروط الدعوى غير المباشرة في التفتين المدني الجديد لم تغير مما كانت عليه في التفتين المدني السابق . ولكن نص التفتين الجديد أهدىة ولوسع تفصيلاً من الوجهه الآتية : ١ - لم يصل التفتين الجديد ، كما فعل التفتين السابق ، الدعوى غير المباشرة استثناء من قاعدة عدم سريان التقه في حل الغير . وجعلها استثناء من هذه القاعدة خطأ واضح ، وقع فيه التفتين السابق حل قرار التفتين المدني الفرنسي . ٢ - قصر التفتين السابق حقوق المدعى التي يستلها الدائن حل الدعوى التي تنشأ عن المشاركات أو عن أي نوع من أنواع التصهات ، ولم يسمح أن الدائن له أن يحصل جميع حقوق المدعى ، شخصية كانت أو مالهية ، دعوى أو حقوقاً أو مجرد إجراءات كما سقى . ٣ - جاء التفتين الجديد أكثر تفصيلاً لشروط الدعوى غير المباشرة ، فنص صراحة حل وجوب أن يثبت الدائن أن الدين لم يستل سقوته ، وأن عدم استماله لها ( وهذا كاف لإثبات الإحمال ) من شأنه أن يجب إحصاره أو أن يزيد في حلا الإحصار واستبد نص صريح من شروط الدعوى غير المباشرة إطار الدين وأن يكون حق الدائن مستحق الأفاء ، لكنه اشترط إدخال الدين خصماً في الدعوى ( انظر المذاكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٦٠٨ - نظرية التقه المؤلف فقرة ٧١٣ ) .

(٣) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٢٣٦ ( مطابقة لمادة ٢٣٥ من التفتين المدني المصري ) .

التفتين المدني العراقي م ٢٦١ ( مطابقة للشروع التمهيدى لمادة ٢٣٥ من التفتين المدني المصري - ولا فرق في الحكم ) .



### ٥٢٩ - الفكرة الأساسية في شروط الدعوى غير المباشرة هي

وجود مصلحة مشروعة للرئيس : وبين النص المقدم الشروط الواجب توافرها لاستعمال الدعوى غير المباشرة . والفكرة الأساسية التي ترد إليها هذه الشروط جميعاً هي وجود مصلحة مشروعة للدائن . ومصلحة الدائن المشروعة هي التي تبرز نيابته عن المدين ، وهذه هي الفكرة الأساسية الأخرى التي ترد إليها آثار الدعوى غير المباشرة . فكل هاتين الفكرتين الأساسيتين - وجود مصلحة مشروعة للدائن ونيابة الدائن عن المدين - تلور جميع القواعد المتعلقة بالدعوى غير المباشرة . وشروط الدعوى غير المباشرة بعضها يرجع إلى الدائن ، وبعضها يرجع إلى المدين ، وبعضها يرجع إلى الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين .

## المبحث الأول

### الشروط التي ترجع إلى الدائن

#### ٥٣٠ - لا يشترط في الدائن الأمانة بكونه له من موجد : الشرط

= التقنين المدني فسلطة الهيئة المتحدة م ٢٣٨ ( مطابقة لقاعدة ٢٣٥ من التقنين المدني المصري ) .  
تقنين الموجهات والمقود البتاني م ٢٧٦ فقرات ١ و ٢ و ٣ : يجب للدائنين أن يحصلوا باسم مدعويهم جميع الحقوق وأن يقدموا جميع المدعوى المختصة به ، ما خلا الحقوق والدمعوى المتعلقة بشخصه دون سواء ، ولا سبها الحقوق والدمعوى التي يخرج مريضوها عن دائرة أربابهم — غير أنهم لا يستطيعون أن يتدخلوا بهذا الاستيلاء ليقوموا مقامه في إدارة ملكه ، فهو يبقى متسلماً بزماد إدارته بالرغم من سوء حاله أشداله — ويجوز للدائنين أن يقدموا مطالعة عن مدعويهم بدون أن يحروا مقدماً أية معاملة للطلول على الحقوق والدمعوى المختصة به . وإن كانوا لا يكونون سداً تنفليهاً ، ولكنهم لا يستطيعون الترويج في تلك المداخلة إلا إذا كان عنهم مستحق الأداء .

ولا فرق في الأحكام ما بين التقنينين البتاني والمصري - ولم اعطى الفقرة والأسلوب - إلا في شيء واحد : صرح التقنين المصري أن الدائن يستعمل حقوق مدعيه ولو لم يكن حقه هو مستحق الأداء ، وصرح التقنين البتاني ، على التقييد من ذلك ، أن الدائن يجب أن يكون حقه مستحق الأداء حتى يستطيع أن يستعمل حقوق مدعيه ( انظر في شرح التقنين البتاني المذكور صهي المصنف في آثار الالتزام في القانون المدني البتاني ص ٥٥ - ص ٦٠ ) .

( ٦٠ قوسيط - ٢٥ )

الوحيد في الدائن هو أن يكون له حق موجود (certain)، وهذا هو أدنى المراتب في الدائن ، فلو كان حقه احتمالياً (eventual) كحق الوارث قبل موت المورث ، أو كان حقه غير خال من النزاع (litigious) ، فإن دالته لا تكون محققة . ومن ثم لا يستطيع استعمال حقوق مدية إلا إذا اقلب حقه المحتمل إلى حق موجود ، أو أصبح حقه المتنازع فيه خالياً من النزاع (١) .

وبلاحظ أن حق الدائن إذا كان مقروناً بأجل أو معلقاً على شرط - سواء كان الأجل أو الشرط فاسخاً أو واقعاً - فإنه يكون مع ذلك موجوداً ، فيجوز للدائن استعمال حقوق مدية . أما الحق المقرون بالأجل فظاهر ، لأن الحق يكون موجوداً بالرغم من قيام الأجل ، والأجل إنما ينصب على استحقاق الأداء دون وجود الحق ذاته . وأما الحق المعلق على شرط ، ولو كان الشرط واقعاً ، فإنه ليس بالحق الاحتمالي ، بل هو حق له وجود قانوني يعتد به ، فيجوز لصاحبه أن يستعمل حقوق مدية . والحق المؤجل أو المعلق على شرط حق موجود ، وإن كان غير مستحق الأداء ، واستحقاق الأداء ليس بشرط كما سنرى (٢) .

### ٥٣١ - فهو بشرط في هي المائس أنه يكون قابلاً للتقديرات

سنترى **مؤداه أو معلوم المقترن** : اتفق لإجماع القضاء والفقه في فرنسا ، وكذلك في مصر في عهد التقنين المدني السابق ، على أنه يشترط في الدائن حق يستعمل حقوق مدية أن يكون حقه هو مستحق الأداء (٣) . (exigible) . وقد

(١) بأن سلم المدين أو الخدم المرفوع عليه الدعوى باسم المدين بحق الدائن ، أو نازحاً فيه وهن القضاء على النزاع لمصلحة الدائن (قارب استئناف مخطوط ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦) .

(٢) وقد يقال أنه لا محل في الدعوى غير المباشرة للكلام في الحق المؤجل ، فإن هذا الحق يحكم أصار المدين - والأصاشرط في الدعوى غير المباشرة - يصبح مستحق الأداء ، إذ الأصاشر يعلق الأجل . وهذا يكون صحيحاً لو أن الأصاشر يعلق الأجل هو نفس الأصاشر المقررة في الدعوى غير المباشرة . ولكننا سنرى أن الأجل لا يعلق إلا بشهر أصار المدين بشرط وإجراءات معينة ويعتض حكم يصدر بشهر الإصدار ، أما الإصدار في الدعوى غير المباشرة فيمكن لصاحبه أن تزيد ديون المدين على حقوقه دون حاجة إلى صدور حكم بذلك .

(٣) وقد يهتظ هذا الرئي في كتابنا نظرية العقد على الوجه الآتي ، فلو تكن للرئي =

كنا في عهد التنين للمنفى السابق لا نلعب إلى مذهب إليه الجمهور في هذه المسألة ، وكنا نرى أنه لا يشترط في استعمال اللذان لحرق مدينه أن يكون حقه مستحق الأداء أو معلوم المقدار<sup>(١)</sup> . ويقول بهذا الرأي في فرنسا - على خلاف الإجماع - الأستاذان كولان وكايتان ، فهما يلحبان إلى أنه يمكن أن يكون حق الدائن خالياً من النزاع ، وهذا هو الشرط الوحيد الذي تقتضيه القواعد العامة . والدائن الذي يكون حقه غير معلوم المقدار - كالضرو في عمل غير مشروع -

— السائد في فرنسا وفي مصر ( في عهد التنين المنفى السابق ) غير ذلك كما قلنا . وهو يقتضي بأن يكون الحق مستحق الأداء ، أي أنه يكون عالياً من النزاع مقدراً حالاً ، ولا يمكن إخلاله من النزاع . وهذا الرأي يستخلصه التقهاء صافة من مناقشة طبيعة الدعوى غير المباشرة ، وهل تدخل طلة الدعوى في الإجراءات التصفية أو في الأعمال التصفية ؟ ويخلصون من هذه المناقشة إلى أنها ليست من الأعمال التصفية لأن الدائن وهو يستعملها لا ينفذ حل أموال مدينه . وهي ليست كذلك من الإجراءات التصفية ، لأن الدائن يستعمل في شؤون المدين ، ويزيد في ماله في بعض القروض ، ولا يمكن بالمحافظة على الموجود منه في الحالة التي هو عليها كما هو الأمر في الإجراءات التصفية . فالدعوى غير المباشرة إذن هي بين بين ، فهي أقوى من إجراء تصفوي وأضعف من حل تصفوي . ولذلك لا يمكن في الدائن أن يكون حقه عالياً من النزاع كما يمكن ذلك في الإجراءات التصفية ، ولا يشترط أن يكون حقه قابلاً للتفويض كما يشترط ذلك في الأعمال التصفية . بل يجب أن يكون الحق مستحق الأداء ، حتى يرتفع عن مرتبة الإجراءات التصفية دون أن يسو إلى مرتبة الأعمال التصفية . والأهمية الأساسية لهذا الرأي أن هناك دائنين حقوقهم عالية من النزاع ولكنها غير مقدرة ، كالدائن يتصرف لم يتم تقديره ، أو هي غير مسجلة الأداء ، كالدائن حقه محقق على شرط موقف أو مقرون بأجل موقف ، يكونون طبقاً لما تقدم غير قادرين على استيفاء حقوق مدينهم ( نظرية النقطة ٧١٧ ص ٧٥٥ ) .

انظر : ديولوب ٢٥ - ١٠٠ - ١٠١ - ١٠٢ - ١٠٣ - ١٠٤ - ١٠٥ - ١٠٦ - ١٠٧ - ١٠٨ - ١٠٩ - ١١٠ - ١١١ - ١١٢ - ١١٣ - ١١٤ - ١١٥ - ١١٦ - ١١٧ - ١١٨ - ١١٩ - ١٢٠ - ١٢١ - ١٢٢ - ١٢٣ - ١٢٤ - ١٢٥ - ١٢٦ - ١٢٧ - ١٢٨ - ١٢٩ - ١٣٠ - ١٣١ - ١٣٢ - ١٣٣ - ١٣٤ - ١٣٥ - ١٣٦ - ١٣٧ - ١٣٨ - ١٣٩ - ١٤٠ - ١٤١ - ١٤٢ - ١٤٣ - ١٤٤ - ١٤٥ - ١٤٦ - ١٤٧ - ١٤٨ - ١٤٩ - ١٥٠ - ١٥١ - ١٥٢ - ١٥٣ - ١٥٤ - ١٥٥ - ١٥٦ - ١٥٧ - ١٥٨ - ١٥٩ - ١٦٠ - ١٦١ - ١٦٢ - ١٦٣ - ١٦٤ - ١٦٥ - ١٦٦ - ١٦٧ - ١٦٨ - ١٦٩ - ١٧٠ - ١٧١ - ١٧٢ - ١٧٣ - ١٧٤ - ١٧٥ - ١٧٦ - ١٧٧ - ١٧٨ - ١٧٩ - ١٨٠ - ١٨١ - ١٨٢ - ١٨٣ - ١٨٤ - ١٨٥ - ١٨٦ - ١٨٧ - ١٨٨ - ١٨٩ - ١٩٠ - ١٩١ - ١٩٢ - ١٩٣ - ١٩٤ - ١٩٥ - ١٩٦ - ١٩٧ - ١٩٨ - ١٩٩ - ٢٠٠ - ٢٠١ - ٢٠٢ - ٢٠٣ - ٢٠٤ - ٢٠٥ - ٢٠٦ - ٢٠٧ - ٢٠٨ - ٢٠٩ - ٢١٠ - ٢١١ - ٢١٢ - ٢١٣ - ٢١٤ - ٢١٥ - ٢١٦ - ٢١٧ - ٢١٨ - ٢١٩ - ٢٢٠ - ٢٢١ - ٢٢٢ - ٢٢٣ - ٢٢٤ - ٢٢٥ - ٢٢٦ - ٢٢٧ - ٢٢٨ - ٢٢٩ - ٢٣٠ - ٢٣١ - ٢٣٢ - ٢٣٣ - ٢٣٤ - ٢٣٥ - ٢٣٦ - ٢٣٧ - ٢٣٨ - ٢٣٩ - ٢٤٠ - ٢٤١ - ٢٤٢ - ٢٤٣ - ٢٤٤ - ٢٤٥ - ٢٤٦ - ٢٤٧ - ٢٤٨ - ٢٤٩ - ٢٥٠ - ٢٥١ - ٢٥٢ - ٢٥٣ - ٢٥٤ - ٢٥٥ - ٢٥٦ - ٢٥٧ - ٢٥٨ - ٢٥٩ - ٢٦٠ - ٢٦١ - ٢٦٢ - ٢٦٣ - ٢٦٤ - ٢٦٥ - ٢٦٦ - ٢٦٧ - ٢٦٨ - ٢٦٩ - ٢٧٠ - ٢٧١ - ٢٧٢ - ٢٧٣ - ٢٧٤ - ٢٧٥ - ٢٧٦ - ٢٧٧ - ٢٧٨ - ٢٧٩ - ٢٨٠ - ٢٨١ - ٢٨٢ - ٢٨٣ - ٢٨٤ - ٢٨٥ - ٢٨٦ - ٢٨٧ - ٢٨٨ - ٢٨٩ - ٢٩٠ - ٢٩١ - ٢٩٢ - ٢٩٣ - ٢٩٤ - ٢٩٥ - ٢٩٦ - ٢٩٧ - ٢٩٨ - ٢٩٩ - ٣٠٠ - ٣٠١ - ٣٠٢ - ٣٠٣ - ٣٠٤ - ٣٠٥ - ٣٠٦ - ٣٠٧ - ٣٠٨ - ٣٠٩ - ٣١٠ - ٣١١ - ٣١٢ - ٣١٣ - ٣١٤ - ٣١٥ - ٣١٦ - ٣١٧ - ٣١٨ - ٣١٩ - ٣٢٠ - ٣٢١ - ٣٢٢ - ٣٢٣ - ٣٢٤ - ٣٢٥ - ٣٢٦ - ٣٢٧ - ٣٢٨ - ٣٢٩ - ٣٣٠ - ٣٣١ - ٣٣٢ - ٣٣٣ - ٣٣٤ - ٣٣٥ - ٣٣٦ - ٣٣٧ - ٣٣٨ - ٣٣٩ - ٣٤٠ - ٣٤١ - ٣٤٢ - ٣٤٣ - ٣٤٤ - ٣٤٥ - ٣٤٦ - ٣٤٧ - ٣٤٨ - ٣٤٩ - ٣٥٠ - ٣٥١ - ٣٥٢ - ٣٥٣ - ٣٥٤ - ٣٥٥ - ٣٥٦ - ٣٥٧ - ٣٥٨ - ٣٥٩ - ٣٦٠ - ٣٦١ - ٣٦٢ - ٣٦٣ - ٣٦٤ - ٣٦٥ - ٣٦٦ - ٣٦٧ - ٣٦٨ - ٣٦٩ - ٣٧٠ - ٣٧١ - ٣٧٢ - ٣٧٣ - ٣٧٤ - ٣٧٥ - ٣٧٦ - ٣٧٧ - ٣٧٨ - ٣٧٩ - ٣٨٠ - ٣٨١ - ٣٨٢ - ٣٨٣ - ٣٨٤ - ٣٨٥ - ٣٨٦ - ٣٨٧ - ٣٨٨ - ٣٨٩ - ٣٩٠ - ٣٩١ - ٣٩٢ - ٣٩٣ - ٣٩٤ - ٣٩٥ - ٣٩٦ - ٣٩٧ - ٣٩٨ - ٣٩٩ - ٤٠٠ - ٤٠١ - ٤٠٢ - ٤٠٣ - ٤٠٤ - ٤٠٥ - ٤٠٦ - ٤٠٧ - ٤٠٨ - ٤٠٩ - ٤١٠ - ٤١١ - ٤١٢ - ٤١٣ - ٤١٤ - ٤١٥ - ٤١٦ - ٤١٧ - ٤١٨ - ٤١٩ - ٤٢٠ - ٤٢١ - ٤٢٢ - ٤٢٣ - ٤٢٤ - ٤٢٥ - ٤٢٦ - ٤٢٧ - ٤٢٨ - ٤٢٩ - ٤٣٠ - ٤٣١ - ٤٣٢ - ٤٣٣ - ٤٣٤ - ٤٣٥ - ٤٣٦ - ٤٣٧ - ٤٣٨ - ٤٣٩ - ٤٤٠ - ٤٤١ - ٤٤٢ - ٤٤٣ - ٤٤٤ - ٤٤٥ - ٤٤٦ - ٤٤٧ - ٤٤٨ - ٤٤٩ - ٤٥٠ - ٤٥١ - ٤٥٢ - ٤٥٣ - ٤٥٤ - ٤٥٥ - ٤٥٦ - ٤٥٧ - ٤٥٨ - ٤٥٩ - ٤٦٠ - ٤٦١ - ٤٦٢ - ٤٦٣ - ٤٦٤ - ٤٦٥ - ٤٦٦ - ٤٦٧ - ٤٦٨ - ٤٦٩ - ٤٧٠ - ٤٧١ - ٤٧٢ - ٤٧٣ - ٤٧٤ - ٤٧٥ - ٤٧٦ - ٤٧٧ - ٤٧٨ - ٤٧٩ - ٤٨٠ - ٤٨١ - ٤٨٢ - ٤٨٣ - ٤٨٤ - ٤٨٥ - ٤٨٦ - ٤٨٧ - ٤٨٨ - ٤٨٩ - ٤٩٠ - ٤٩١ - ٤٩٢ - ٤٩٣ - ٤٩٤ - ٤٩٥ - ٤٩٦ - ٤٩٧ - ٤٩٨ - ٤٩٩ - ٥٠٠ - ٥٠١ - ٥٠٢ - ٥٠٣ - ٥٠٤ - ٥٠٥ - ٥٠٦ - ٥٠٧ - ٥٠٨ - ٥٠٩ - ٥١٠ - ٥١١ - ٥١٢ - ٥١٣ - ٥١٤ - ٥١٥ - ٥١٦ - ٥١٧ - ٥١٨ - ٥١٩ - ٥٢٠ - ٥٢١ - ٥٢٢ - ٥٢٣ - ٥٢٤ - ٥٢٥ - ٥٢٦ - ٥٢٧ - ٥٢٨ - ٥٢٩ - ٥٣٠ - ٥٣١ - ٥٣٢ - ٥٣٣ - ٥٣٤ - ٥٣٥ - ٥٣٦ - ٥٣٧ - ٥٣٨ - ٥٣٩ - ٥٤٠ - ٥٤١ - ٥٤٢ - ٥٤٣ - ٥٤٤ - ٥٤٥ - ٥٤٦ - ٥٤٧ - ٥٤٨ - ٥٤٩ - ٥٥٠ - ٥٥١ - ٥٥٢ - ٥٥٣ - ٥٥٤ - ٥٥٥ - ٥٥٦ - ٥٥٧ - ٥٥٨ - ٥٥٩ - ٥٦٠ - ٥٦١ - ٥٦٢ - ٥٦٣ - ٥٦٤ - ٥٦٥ - ٥٦٦ - ٥٦٧ - ٥٦٨ - ٥٦٩ - ٥٧٠ - ٥٧١ - ٥٧٢ - ٥٧٣ - ٥٧٤ - ٥٧٥ - ٥٧٦ - ٥٧٧ - ٥٧٨ - ٥٧٩ - ٥٨٠ - ٥٨١ - ٥٨٢ - ٥٨٣ - ٥٨٤ - ٥٨٥ - ٥٨٦ - ٥٨٧ - ٥٨٨ - ٥٨٩ - ٥٩٠ - ٥٩١ - ٥٩٢ - ٥٩٣ - ٥٩٤ - ٥٩٥ - ٥٩٦ - ٥٩٧ - ٥٩٨ - ٥٩٩ - ٦٠٠ - ٦٠١ - ٦٠٢ - ٦٠٣ - ٦٠٤ - ٦٠٥ - ٦٠٦ - ٦٠٧ - ٦٠٨ - ٦٠٩ - ٦١٠ - ٦١١ - ٦١٢ - ٦١٣ - ٦١٤ - ٦١٥ - ٦١٦ - ٦١٧ - ٦١٨ - ٦١٩ - ٦٢٠ - ٦٢١ - ٦٢٢ - ٦٢٣ - ٦٢٤ - ٦٢٥ - ٦٢٦ - ٦٢٧ - ٦٢٨ - ٦٢٩ - ٦٣٠ - ٦٣١ - ٦٣٢ - ٦٣٣ - ٦٣٤ - ٦٣٥ - ٦٣٦ - ٦٣٧ - ٦٣٨ - ٦٣٩ - ٦٤٠ - ٦٤١ - ٦٤٢ - ٦٤٣ - ٦٤٤ - ٦٤٥ - ٦٤٦ - ٦٤٧ - ٦٤٨ - ٦٤٩ - ٦٥٠ - ٦٥١ - ٦٥٢ - ٦٥٣ - ٦٥٤ - ٦٥٥ - ٦٥٦ - ٦٥٧ - ٦٥٨ - ٦٥٩ - ٦٦٠ - ٦٦١ - ٦٦٢ - ٦٦٣ - ٦٦٤ - ٦٦٥ - ٦٦٦ - ٦٦٧ - ٦٦٨ - ٦٦٩ - ٦٧٠ - ٦٧١ - ٦٧٢ - ٦٧٣ - ٦٧٤ - ٦٧٥ - ٦٧٦ - ٦٧٧ - ٦٧٨ - ٦٧٩ - ٦٨٠ - ٦٨١ - ٦٨٢ - ٦٨٣ - ٦٨٤ - ٦٨٥ - ٦٨٦ - ٦٨٧ - ٦٨٨ - ٦٨٩ - ٦٩٠ - ٦٩١ - ٦٩٢ - ٦٩٣ - ٦٩٤ - ٦٩٥ - ٦٩٦ - ٦٩٧ - ٦٩٨ - ٦٩٩ - ٧٠٠ - ٧٠١ - ٧٠٢ - ٧٠٣ - ٧٠٤ - ٧٠٥ - ٧٠٦ - ٧٠٧ - ٧٠٨ - ٧٠٩ - ٧١٠ - ٧١١ - ٧١٢ - ٧١٣ - ٧١٤ - ٧١٥ - ٧١٦ - ٧١٧ - ٧١٨ - ٧١٩ - ٧٢٠ - ٧٢١ - ٧٢٢ - ٧٢٣ - ٧٢٤ - ٧٢٥ - ٧٢٦ - ٧٢٧ - ٧٢٨ - ٧٢٩ - ٧٣٠ - ٧٣١ - ٧٣٢ - ٧٣٣ - ٧٣٤ - ٧٣٥ - ٧٣٦ - ٧٣٧ - ٧٣٨ - ٧٣٩ - ٧٤٠ - ٧٤١ - ٧٤٢ - ٧٤٣ - ٧٤٤ - ٧٤٥ - ٧٤٦ - ٧٤٧ - ٧٤٨ - ٧٤٩ - ٧٥٠ - ٧٥١ - ٧٥٢ - ٧٥٣ - ٧٥٤ - ٧٥٥ - ٧٥٦ - ٧٥٧ - ٧٥٨ - ٧٥٩ - ٧٦٠ - ٧٦١ - ٧٦٢ - ٧٦٣ - ٧٦٤ - ٧٦٥ - ٧٦٦ - ٧٦٧ - ٧٦٨ - ٧٦٩ - ٧٧٠ - ٧٧١ - ٧٧٢ - ٧٧٣ - ٧٧٤ - ٧٧٥ - ٧٧٦ - ٧٧٧ - ٧٧٨ - ٧٧٩ - ٧٨٠ - ٧٨١ - ٧٨٢ - ٧٨٣ - ٧٨٤ - ٧٨٥ - ٧٨٦ - ٧٨٧ - ٧٨٨ - ٧٨٩ - ٧٩٠ - ٧٩١ - ٧٩٢ - ٧٩٣ - ٧٩٤ - ٧٩٥ - ٧٩٦ - ٧٩٧ - ٧٩٨ - ٧٩٩ - ٨٠٠ - ٨٠١ - ٨٠٢ - ٨٠٣ - ٨٠٤ - ٨٠٥ - ٨٠٦ - ٨٠٧ - ٨٠٨ - ٨٠٩ - ٨١٠ - ٨١١ - ٨١٢ - ٨١٣ - ٨١٤ - ٨١٥ - ٨١٦ - ٨١٧ - ٨١٨ - ٨١٩ - ٨٢٠ - ٨٢١ - ٨٢٢ - ٨٢٣ - ٨٢٤ - ٨٢٥ - ٨٢٦ - ٨٢٧ - ٨٢٨ - ٨٢٩ - ٨٣٠ - ٨٣١ - ٨٣٢ - ٨٣٣ - ٨٣٤ - ٨٣٥ - ٨٣٦ - ٨٣٧ - ٨٣٨ - ٨٣٩ - ٨٤٠ - ٨٤١ - ٨٤٢ - ٨٤٣ - ٨٤٤ - ٨٤٥ - ٨٤٦ - ٨٤٧ - ٨٤٨ - ٨٤٩ - ٨٥٠ - ٨٥١ - ٨٥٢ - ٨٥٣ - ٨٥٤ - ٨٥٥ - ٨٥٦ - ٨٥٧ - ٨٥٨ - ٨٥٩ - ٨٦٠ - ٨٦١ - ٨٦٢ - ٨٦٣ - ٨٦٤ - ٨٦٥ - ٨٦٦ - ٨٦٧ - ٨٦٨ - ٨٦٩ - ٨٧٠ - ٨٧١ - ٨٧٢ - ٨٧٣ - ٨٧٤ - ٨٧٥ - ٨٧٦ - ٨٧٧ - ٨٧٨ - ٨٧٩ - ٨٨٠ - ٨٨١ - ٨٨٢ - ٨٨٣ - ٨٨٤ - ٨٨٥ - ٨٨٦ - ٨٨٧ - ٨٨٨ - ٨٨٩ - ٨٩٠ - ٨٩١ - ٨٩٢ - ٨٩٣ - ٨٩٤ - ٨٩٥ - ٨٩٦ - ٨٩٧ - ٨٩٨ - ٨٩٩ - ٩٠٠ - ٩٠١ - ٩٠٢ - ٩٠٣ - ٩٠٤ - ٩٠٥ - ٩٠٦ - ٩٠٧ - ٩٠٨ - ٩٠٩ - ٩١٠ - ٩١١ - ٩١٢ - ٩١٣ - ٩١٤ - ٩١٥ - ٩١٦ - ٩١٧ - ٩١٨ - ٩١٩ - ٩٢٠ - ٩٢١ - ٩٢٢ - ٩٢٣ - ٩٢٤ - ٩٢٥ - ٩٢٦ - ٩٢٧ - ٩٢٨ - ٩٢٩ - ٩٣٠ - ٩٣١ - ٩٣٢ - ٩٣٣ - ٩٣٤ - ٩٣٥ - ٩٣٦ - ٩٣٧ - ٩٣٨ - ٩٣٩ - ٩٤٠ - ٩٤١ - ٩٤٢ - ٩٤٣ - ٩٤٤ - ٩٤٥ - ٩٤٦ - ٩٤٧ - ٩٤٨ - ٩٤٩ - ٩٥٠ - ٩٥١ - ٩٥٢ - ٩٥٣ - ٩٥٤ - ٩٥٥ - ٩٥٦ - ٩٥٧ - ٩٥٨ - ٩٥٩ - ٩٦٠ - ٩٦١ - ٩٦٢ - ٩٦٣ - ٩٦٤ - ٩٦٥ - ٩٦٦ - ٩٦٧ - ٩٦٨ - ٩٦٩ - ٩٧٠ - ٩٧١ - ٩٧٢ - ٩٧٣ - ٩٧٤ - ٩٧٥ - ٩٧٦ - ٩٧٧ - ٩٧٨ - ٩٧٩ - ٩٨٠ - ٩٨١ - ٩٨٢ - ٩٨٣ - ٩٨٤ - ٩٨٥ - ٩٨٦ - ٩٨٧ - ٩٨٨ - ٩٨٩ - ٩٩٠ - ٩٩١ - ٩٩٢ - ٩٩٣ - ٩٩٤ - ٩٩٥ - ٩٩٦ - ٩٩٧ - ٩٩٨ - ٩٩٩ - ١٠٠٠ - ١٠٠١ - ١٠٠٢ - ١٠٠٣ - ١٠٠٤ - ١٠٠٥ - ١٠٠٦ - ١٠٠٧ - ١٠٠٨ - ١٠٠٩ - ١٠١٠ - ١٠١١ - ١٠١٢ - ١٠١٣ - ١٠١٤ - ١٠١٥ - ١٠١٦ - ١٠١٧ - ١٠١٨ - ١٠١٩ - ١٠٢٠ - ١٠٢١ - ١٠٢٢ - ١٠٢٣ - ١٠٢٤ - ١٠٢٥ - ١٠٢٦ - ١٠٢٧ - ١٠٢٨ - ١٠٢٩ - ١٠٣٠ - ١٠٣١ - ١٠٣٢ - ١٠٣٣ - ١٠٣٤ - ١٠٣٥ - ١٠٣٦ - ١٠٣٧ - ١٠٣٨ - ١٠٣٩ - ١٠٤٠ - ١٠٤١ - ١٠٤٢ - ١٠٤٣ - ١٠٤٤ - ١٠٤٥ - ١٠٤٦ - ١٠٤٧ - ١٠٤٨ - ١٠٤٩ - ١٠٥٠ - ١٠٥١ - ١٠٥٢ - ١٠٥٣ - ١٠٥٤ - ١٠٥٥ - ١٠٥٦ - ١٠٥٧ - ١٠٥٨ - ١٠٥٩ - ١٠٦٠ - ١٠٦١ - ١٠٦٢ - ١٠٦٣ - ١٠٦٤ - ١٠٦٥ - ١٠٦٦ - ١٠٦٧ - ١٠٦٨ - ١٠٦٩ - ١٠٧٠ - ١٠٧١ - ١٠٧٢ - ١٠٧٣ - ١٠٧٤ - ١٠٧٥ - ١٠٧٦ - ١٠٧٧ - ١٠٧٨ - ١٠٧٩ - ١٠٨٠ - ١٠٨١ - ١٠٨٢ - ١٠٨٣ - ١٠٨٤ - ١٠٨٥ - ١٠٨٦ - ١٠٨٧ - ١٠٨٨ - ١٠٨٩ - ١٠٩٠ - ١٠٩١ - ١٠٩٢ - ١٠٩٣ - ١٠٩٤ - ١٠٩٥ - ١٠٩٦ - ١٠٩٧ - ١٠٩٨ - ١٠٩٩ - ١١٠٠ - ١١٠١ - ١١٠٢ - ١١٠٣ - ١١٠٤ - ١١٠٥ - ١١٠٦ - ١١٠٧ - ١١٠٨ - ١١٠٩ - ١١١٠ - ١١١١ - ١١١٢ - ١١١٣ - ١١١٤ - ١١١٥ - ١١١٦ - ١١١٧ - ١١١٨ - ١١١٩ - ١١٢٠ - ١١٢١ - ١١٢٢ - ١١٢٣ - ١١٢٤ - ١١٢٥ - ١١٢٦ - ١١٢٧ - ١١٢٨ - ١١٢٩ - ١١٣٠ - ١١٣١ - ١١٣٢ - ١١٣٣ - ١١٣٤ - ١١٣٥ - ١١٣٦ - ١١٣٧ - ١١٣٨ - ١١٣٩ - ١١٤٠ - ١١٤١ - ١١٤٢ - ١١٤٣ - ١١٤٤ - ١١٤٥ - ١١٤٦ - ١١٤٧ - ١١٤٨ - ١١٤٩ - ١١٥٠ - ١١٥١ - ١١٥٢ - ١١٥٣ - ١١٥٤ - ١١٥٥ - ١١٥٦ - ١١٥٧ - ١١٥٨ - ١١٥٩ - ١١٦٠ - ١١٦١ - ١١٦٢ - ١١٦٣ - ١١٦٤ - ١١٦٥ - ١١٦٦ - ١١٦٧ - ١١٦٨ - ١١٦٩ - ١١٧٠ - ١١٧١ - ١١٧٢ - ١١٧٣ - ١١٧٤ - ١١٧٥ - ١١٧٦ - ١١٧٧ - ١١٧٨ - ١١٧٩ - ١١٨٠ - ١١٨١ - ١١٨٢ - ١١٨٣ - ١١٨٤ - ١١٨٥ - ١١٨٦ - ١١٨٧ - ١١٨٨ - ١١٨٩ - ١١٩٠ - ١١٩١ - ١١٩٢ - ١١٩٣ - ١١٩٤ - ١١٩٥ - ١١٩٦ - ١١٩٧ - ١١٩٨ - ١١٩٩ - ١٢٠٠ - ١٢٠١ - ١٢٠٢ - ١٢٠٣ - ١٢٠٤ - ١٢٠٥ - ١٢٠٦ - ١٢٠٧ - ١٢٠٨ - ١٢٠٩ - ١٢١٠ - ١٢١١ - ١٢١٢ - ١٢١٣ - ١٢١٤ - ١٢١٥ - ١٢١٦ - ١٢١٧ - ١٢١٨ - ١٢١٩ - ١٢٢٠ - ١٢٢١ - ١٢٢٢ - ١٢٢٣ - ١٢٢٤ - ١٢٢٥ - ١٢٢٦ - ١٢٢٧ - ١٢٢٨ - ١٢٢٩ - ١٢٣٠ - ١٢٣١ - ١٢٣٢ - ١٢٣٣ - ١٢٣٤ - ١٢٣٥ - ١٢٣٦ - ١٢٣٧ - ١٢٣٨ - ١٢٣٩ - ١٢٤٠ - ١٢٤١ - ١٢٤٢ - ١٢٤٣ - ١٢٤٤ - ١٢٤٥ - ١٢٤٦ - ١٢٤٧ - ١٢٤٨ - ١٢٤٩ - ١٢٥٠ - ١٢٥١ - ١٢٥٢ - ١٢٥٣ - ١٢٥٤ - ١٢٥٥ - ١٢٥٦ - ١٢٥٧ - ١٢٥٨ - ١٢٥٩ - ١٢٦٠ - ١٢٦١ - ١٢٦٢ - ١٢٦٣ - ١٢٦٤ - ١٢٦٥ - ١٢٦٦ - ١٢٦٧ - ١٢٦٨ - ١٢٦٩ - ١٢٧٠ - ١٢٧١ - ١٢٧٢ - ١٢٧٣ - ١٢٧٤ - ١٢٧٥ - ١٢٧٦ - ١٢٧٧ - ١٢٧٨ - ١٢٧٩ - ١٢٨٠ - ١٢٨١ - ١٢٨٢ - ١٢٨٣ - ١٢٨٤ - ١٢٨٥ - ١٢٨٦ - ١٢٨٧ - ١٢٨٨ - ١٢٨٩ - ١٢٩٠ - ١٢٩١ - ١٢٩٢ - ١٢٩٣ - ١٢٩٤ - ١٢٩٥ - ١٢٩٦ - ١٢٩٧ - ١٢٩٨ - ١٢٩٩ - ١٣٠٠ - ١٣٠١ - ١٣٠٢ - ١٣٠٣ - ١٣٠٤ - ١٣٠٥ - ١٣٠٦ - ١٣٠٧ - ١٣٠٨ - ١٣٠٩ - ١٣١٠ - ١٣١١ - ١٣١٢ - ١٣١٣ - ١٣١٤ - ١٣١٥ - ١٣١٦ - ١٣١٧ - ١٣١٨ - ١٣١٩ - ١٣٢٠ - ١٣٢١ - ١٣٢٢ - ١٣٢٣ - ١٣٢٤ - ١٣٢٥ - ١٣٢٦ - ١٣٢٧ - ١٣٢٨ - ١٣٢٩ - ١٣٣٠ - ١٣٣١ - ١٣٣٢ - ١٣٣٣ - ١٣٣٤ - ١٣٣٥ - ١٣٣٦ - ١٣٣٧ - ١٣٣٨ - ١٣٣٩ - ١٣٤٠ - ١٣٤١ - ١٣٤٢ - ١٣٤٣ - ١٣٤٤ - ١٣٤٥ - ١٣٤٦ - ١٣٤٧ - ١٣٤٨ - ١٣٤٩ - ١٣٥٠ - ١٣٥١ - ١٣٥٢ - ١٣٥٣ - ١٣٥٤ - ١٣٥٥ - ١٣٥٦ - ١٣٥٧ - ١٣٥٨ - ١٣٥٩ - ١٣٦٠ - ١٣٦١ - ١٣٦٢ - ١٣٦٣ - ١٣٦٤ - ١٣٦٥ - ١٣٦٦ - ١٣٦٧ - ١٣٦٨ - ١٣٦٩ - ١٣٧٠ - ١٣٧١ - ١٣٧٢ - ١٣٧٣ - ١٣٧٤ - ١٣٧٥ - ١٣٧٦ - ١٣٧٧ - ١٣٧٨ - ١٣٧٩ - ١٣٨٠ - ١٣٨١ - ١٣٨٢ - ١٣٨٣ - ١٣٨٤ - ١٣٨٥ - ١٣٨٦ - ١٣٨٧ - ١٣٨٨ - ١٣٨٩ - ١٣٩٠ - ١٣٩١ - ١٣٩٢ - ١٣٩٣ - ١٣٩٤ - ١٣٩٥ - ١٣٩٦ - ١٣٩٧ - ١٣٩٨ - ١٣٩٩ - ١٤٠٠ - ١٤٠١ - ١٤٠٢ - ١٤٠٣ - ١٤٠٤ - ١٤٠٥ - ١٤٠٦ - ١٤٠٧ - ١٤٠٨ - ١٤٠٩ - ١٤١٠ - ١٤١١ - ١٤١٢ - ١٤١٣ - ١٤١٤ - ١٤١٥ - ١٤١٦ - ١٤١٧ - ١٤١٨ - ١٤١٩ - ١٤٢٠ - ١٤٢١ - ١٤٢٢ - ١٤٢٣ - ١٤٢٤ - ١٤٢٥ - ١٤٢٦ - ١٤٢٧ - ١٤٢٨ - ١٤٢٩ - ١٤٣٠ - ١٤٣١ - ١٤٣٢ - ١٤٣٣ - ١٤٣٤ - ١٤٣٥ - ١٤٣٦ - ١٤٣٧ - ١٤٣٨ - ١٤٣٩ - ١٤٤٠ - ١٤٤١ - ١٤٤٢ - ١٤٤٣ - ١٤٤٤ - ١٤٤٥ - ١٤٤٦ - ١٤٤٧ - ١٤٤٨ - ١٤٤٩ - ١٤٥٠ - ١٤

أو يكون حقه غير مستحق الأداء - كالدائن لأجل أو بشرط - له مصلحة مشروعة في استعمال حقوق مدينته<sup>(١)</sup>.

ومما يمكن من ذلك في هذه المسألة في عهد التفتين للدائن السابق ، فقد أزال التفتين للدائن الجديد كل ذلك ، إذ ذكر صراحة في المادة ٢٣٥ أنه لا يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء<sup>(٢)</sup>. وما دام لا يشترط في الحق أن يكون مستحق الأداء ، فلا يشترط فيه كذلك أن يكون معلوم المقدار ، ومن باب أولى لا يشترط فيه أن يكون ثابتاً في سند قابل للتنفيذ<sup>(٣)</sup>.

٣٥٢ - أولى دلائل عدم موجود يستطيع استعمال حقوق مدينته :  
يخلص مما تقدم أن الشرط الوحيد الواجب توافره في الدائن هو أن يكون حقه موحداً . وأى دائن حقه موجود يستطيع استعمال حقوق مدينته .

لا فرق في ذلك بين دائن عادي أو دائن مرتين أو دائن له حق امتياز<sup>(٤)</sup> .  
ويلاحظ أن الدائن إذا كان له تأمين عيني - رهن أو امتياز أو نحو ذلك - فإنه يثبت له بذلك صفتان : (أولاً) صفة باعتباره ذا تأمين عيني ، وهو من هذه الناحية يتركز حقه في العين محل التأمين فيكون له عليها حق تقدم وحق تلج ، (ثانياً) صفة باعتباره دائناً شخصياً ، وهو من هذه الناحية يطبق عليه ما يطبق على سائر الدائنين الشخصيين . فالدائن المرتين مثلاً يتكون ضمانه من عنصرين : الشيء المرهون وهو ضمان خاص له ، وبقية أموال المدين وهي ضمان عام له وسائر الدائنين ، فيتأثر بقصور مدينته التي تزيد في هذه الأموال أو تنقص

(١) كولان وكاميجان ومودالفيو. ٢قرة ٤٢٥ ص ٣١٧ - وينبغي أن يبرى دور إلى عدم اشتراط استحقاق الدين إذا كان القرض الوحيد من دفع المدين غير المباشرة هو مجرد الحفظ على أموال المدين (أوبري دور ٤قرة ٣١٢ ص ١٨٠ - ص ١٨١ - وانظر أيضاً بينان ولاجلارد ٨قرة ٦٢٧ - وانظر للمادة ١٠٦ من المرسوم الفرنسي الإيطالي وهي تقول للدائن المقرن حقه بأجل أن يحصل للمدين غير المباشرة).

(٢) انظر للملكة الإيطالية المرسوم رقم ١٦٠٢ من ١٩٠٢ - ص ٦٠٨ و ٦٠٩ - ص ٦٠٩ .

(٣) لستيفان ص ٢٢ بتاريخ سنة ١٩٣٦ المجلد ١٦ رقم ٤٢٠ ص ٩١١ - الأستاذ إسماعيل فاهم في أحكام الالتزام ١٠٣ ص ١٣٢ .

(٤) استئناف غلظ ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٦ .

منها، فله إذن أن يستعمل حقوق مدينة وأن يضمن في تصرفاته بالدعوى البولصية ودعوى العمومية، شأنه في ذلك شأن كل دائن شخصي<sup>(١)</sup>.

ولا فرق كذلك بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقه عمل أو امتناع عن عمل، فالكل سواء في استعمال حقوق المدين<sup>(٢)</sup>.

ولا فرق أخيراً بين ما إذا كان مصدر هذا الحق تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية، فالبايع دائن بالثمن، والمضروب دائن بالتعويض، والمقتصر دائن للمثوى بلا سبب، وكل هؤلاء يجوز لهم أن يستعملوا حقوق مدينهم<sup>(٣)</sup>.

**٥٣٣- ولا يشترط أنه يكون من المائت سابقاً على حق المربع:**  
وليس من الضروري أن يكون حق الدائن سابقاً على حق المدين الذي يستعمله الدائن، وذلك بخلاف الدعوى البولصية حيث تشترط أسبقية حق الدائن على تصرف المدين المطعون فيه. وفلك أنه في الدعوى البولصية، كما سنرى، لا يكون تصرف المدين ضاراً بالدائن إلا إذا كان هذا التصرف قد صدر من المدين بعد ثبوت حق الدائن. أما في الدعوى غير المباشرة، فإنه سواء كان حق للمدين الذي يستعمله الدائن قد ثبت بعد ثبوت حق الدائن أو قبل ذلك، فهو في الحالتين داخل في الضمان العام للدائن، ولذا فإن يستعمله بائع المدين<sup>(٤)</sup>.

(١) نظرية القصد للولف لقرة ٧٠٩ ص ٧٤٦ حاشي رقم ٢.

(٢) وقد نفست محكمة النقض بأنه لما كان من يفتري عقلاً يفتد غير مسجل يجر داتناً بالبيع في التزامه بنقل الملكية النافذة من عقد البيع غير المسجل، كان له الحق قانونياً في أن يرفع باسم البائع له الدعوى على من اشترى منه هذا البائع الأجنبي التي باعها يفتد هو أيضاً غير مسجل، طالباً إليه تطبيق التزامه بنقل الملكية، أو بعبارة أخرى أن يطلب الحكم بحسبة عقد البيع الصادر لهذا البائع كونه الحكم بحسبة عقد هو (نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموع عمر ١٩ ص ٣١٧ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموع عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٢٣٠). ونفست محكمة الاستئناف القطرية بأن المشتري الذي يستحق المبيع في يده له أن يستعمل حق مدينه البائع في الرجوع بالتأمين على بائع البائع (٩ يولييه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ - ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤).

(٣) ديجوع ٧ لقرة ٩٦.

(٤) لوران ١٦ لقرة ٣٩٦ - ديولوب ٢٥ لقرة ٩٩ - برودي وبارد ١٥ لقرة ٦٣٠ -

ديجوع ٧ لقرة ٩٦٠ - بلانول وديير ودودان ٧ لقرة ٩١٤ - جوسران ٢ لقرة ٦٣٠ - نظرية القصد للولف لقرة ٧١٧ ص ٧٥٦ حاشي رقم ٢.

كذلك للدائن أن يظن باسم اللذين بالبطان أو بالنسخ أو بنحو ذلك في عقود صدرت من اللذين ، حتى لو كانت هذه العقود قد صدرت قبل ثبوت حتى الدائن<sup>(١)</sup> .

وينبغي على ما تقدم أنه لا يشترط أن يكون الحق للدائن تاريخ ثابت ، سواء تقدم هذا التاريخ أو تأخر ، فإن هذا لا يمنعه من استعمال حقوق مدنيته<sup>(٢)</sup> .

#### ٥٣٤ - وما يشترط أن يكونه للمائن طريق آخر سوى الدعوى غير

المباشرة : وليست الدعوى غير المباشرة دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يجوز للدائن أن يلجأ إليها إلا إذا لم يكن أمامه طريق آخر<sup>(٣)</sup> . بل يصح أن يكون للدائن طرق شتى ، فيعدل عنها إلى الدعوى غير المباشرة .

قد يكون للدائن دعوى مباشرة يستطيع أن يستغنى بها عن الدعوى غير المباشرة ، كالمشتري من المشتري يستطيع أن يرفع دعوى ضمان مباشرة على البائع باحتمار أن هذه الدعوى انتقلت إليه من سلفه من الشيء المبيع ، ولكن هذا لا يمنعه من رفع دعوى الضمان على البائع باسم المشتري مدنيته<sup>(٤)</sup> .

كذلك للمؤجر أن يرفع دعوى مدنيته للمستأجر على المتنازل له عن الإيجار أو للمستأجر من الباطن لاستيفاء الأجرة ، ولو أن له أن يرفع دعوى مباشرة على كل من هذين<sup>(٥)</sup> .

(١) لوران ١٦ فقرة ٢٩٦ - ديولوب ٢٥ فقرة ٩٩ - بودري وبارد ١ فقرة ٢٢٠ .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٣٩٦ - ديولوب ٢٥ فقرة ٩٩ - بودري وبارد ١ فقرة ٢٢٠ .

ص ٢٢٧ هامش رقم ١ - نظرية الحق للمؤلف فقرة ٧١٧ ص ٧٥٦ هامش رقم ٢ .

(٣) كذلك لا يستطيع الخصم في الدعوى غير المباشرة أن يطلب من الدائن تجريد اللذين قبل أن يحصل باسمه حقه (ديوج ٧ فقرة ٩٦٩) .

(٤) استئناف غخط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٢ - ص ٢٥ - ٩ يونيو سنة ١٩٣١

٤٢ م ص ٤٤٠ .

(٥) انظر المادة ٥٩٦ من المقتنين المدني - كتاب الإيجار للمؤلف فقرة ٤٢٧ - محكمة

مصر المحظية الابتدائية ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ - جازيت ١٩ رقم ٢٦٤ ص ٢٦٥ - لوران

١٦ فقرة ٢٨٩ - بودري وبارد ١ فقرة ٦٣١ - ديوج ٧ فقرة ٩٦٩ - مكس ذلك

بلايول وديوج وديوجان ٧ فقرة ٩١١ .

وقد يستعمل المحال له حق الخيل قيل المحال عليه مع أن له دعوى مباشرة<sup>(١)</sup>.

ولا يشترط أيضاً في رفع الدعوى غير المباشرة أن يقوم الدائن بإجراءات كان على المدعى أن يقوم بها لو باشر الدعوى بنفسه ، كما إذا كان المدعى قاصراً ووجب عليه أخذ إذن من المحكمة المحسنية أو الحصول على أجازة الولي أو الوصي . فإدام الدائن كامل الأهلية ، فإنه يستطيع أن يرفع الدعوى دون القيام بشيء من هذه الإجراءات . ولكن لما كان لابد من إدخال المدعى في الدعوى كما سئري ، فإنه يجب اتخاذ هذه الإجراءات عند إدخاله<sup>(٢)</sup> .

### ٥٣٥ - ويو بشرط أنه يحصل الدائن على ائنه من القضاء بحلول

حل المبرم : كذلك لا يشترط أن يحصل الدائن من القضاء على إذن بحلوله محل المدعى . ذلك أن نيابته عن المدعى إنما يستلزمها من القانون كما سئري ، فهو في غير حاجة إلى أن يستمد نيابته من القضاء<sup>(٣)</sup> . هذا إلى أن الإذن القضائي بالحلول

(١) ولكن ذلك يكون في الغالب — وفي عهد التتتين الذي سبق — إذا لم تم الموافقة بشمول المحال عليه في التتتين الأول ، فبعد ذلك يلجأ المحال له إلى الدعوى غير المباشرة (استئناف مخطوط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٢٦١ ص ٢٢٧) .

(٢) ديمولوب ٢٥ فقرة ١٠٩ — هيك ٧ فقرة ٢٠٢ — بودري وهارد ١ فقرة ٩٣٦ — بلانيول وريبير ودهوان ٧ فقرة ٩١٣ — قانون دي باج ٣ فقرة ١٩٦ — عكس ذلك لوران ١٦ فقرة ٣٨٧ — هذا ولا شك في أن عدم قيام الدائن بالإجراءات التي كان على المدعى أن يتخذها لو باشر الدعوى بنفسه يخالف مبدأ نيابة الدائن عن المدعى ، فمن مقتضيات النيابة البحث عن الأهلية في شخص الأصيل وهو هنا المدعى لا في شخص النائب وهو الدائن . ولكننا أمام نيابة قانونية من نوع خاص ، يميزها أنها نيابة في مصلحة النائب لا في مصلحة الأصيل ، وقد اقتضت هذه النيابة دخول الأصيل في الدعوى مع النائب وهذا أيضاً يخالف المبادئ المعروفة في النيابة (نظرية العقد للولف فقرة ٧١٩ ص ٧٥٤ علمش رقم ٥) .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٣٩٧ — ديمولوب ٢٥ فقرة ١٠٦ — بودري وهارد ١ فقرة ٩٣٤ — بلانيول وريبير ودهوان ٧ فقرة ٩١٤ — ديموج ٧ فقرة ٩٦٥ — جورمان ٢ فقرة ٦٧٠ — انظر عكس ذلك كولين دي سانتير ٥ فقرة ٨١ مكررة — أبري وور ٤ فقرة ٣١٢ علمش رقم ٤ (ولكنهما — ص ١٨٠ وص ١٨٢ — لا يشترطان الإذن بالحلول إذا كان الغرض الوحيد للدائن من الدعوى غير المباشرة مجرد المحافظة على أموال المدعى) .

لم يرد فيه نص<sup>(١)</sup>، وطبيعة الدعوى لاختصاصه<sup>(٢)</sup>، ومن ثم لأهمية لإذن قضائي بالخلول إذا أراد الدائن أن يوقع باسم مدينه حيزاً تحفظاً على ما لدين مدينه لدى الغير<sup>(٣)</sup>.

وقد خصص لنا مما تقدم أنه لا يشترط في الدائن إلا أن يكون حقه موجوداً. ونجى عن البيان أن هذا الحق يجب أن يبقى موجوداً مادام الدائن يستعمل حقوق مدينه، فإذا وقع الخصم في الدعوى غير المباشرة للدائن حقه، فقد هذا صفته كدائن ولم تعد له مصلحة في الاستمرار في استعمال حقوق مدينه<sup>(٤)</sup>.

## المبحث الثاني

### الشروط التي ترجع إلى المدين

٥٣٦ - شروط ضرورة يجب توافرها في المدين : الأصل في استعمال الدائن لحقوق مدينه هو أن يكون له في ذلك مصلحة مشروعة عاجلة كما قدمنا،

(١) وذلك كالنص الذي ورد في المادة ٧٨٨ من التقنين المدني الفرنسي، وفي النص بموجب حصول الدائن على إذن قضائي بالخلول على مدينه في قبول ميراث هذا المدين (انظر برودي وبلود ١ فترة ١٢٤ ص ١٤٠).

(٢) وقد نصت المادة ٢٧٦ فترة ٢ من تقنين الموجهات والنفوذ المالي صراحة على عدم اشتراط حصول الدائن على إذن قضائي في الخلول على المدين — على أن الإذن القضائي بالخلول لم يمد له مطلقاً ما دام لا بد من استعمال المدين في الدعوى (انظر بلانوي وروبيرو ورومان ٧ فترة ٩١٤ ص ٢٤٦).

(٣) ولما كان من القواعد المقررة في حيز ما لدين لدى الغير أنه لا يجوز الدائن أن يجهز ما لدين مدينه لدى معين من الدرجة الثالثة، أنه لا يجوز أن يوسط بين الدائن المأجور والمدين المجهز لديه إلا معين واحد مجهز عليه، وكان من الممكن أن يلتزم الأمر في الدعوى غير المباشرة، فلا تسمى الدائن يجهز باسم مدينه على ما لدين هذا المدين لدى الغير، سيم لا يكون هناك حيز لدى الغير يوسط فيه بين الدائن المأجور والمدين المجهز لديه مديتان مجهز عليهما لا معين واحد. إلا أن هذه الفكرة تزدل إذا لاحظنا أن الدائن الذي يستعمل حق مدينه في توقيع المجهز تمت به الغير إما يستعمل هذا الحق باسم مدينه، فهو ومدينه في هذا المجهز شخص واحد، فلا يوسط بينهما وبين الدائن المجهز لديه إلا معين واحد مجهز عليه، هو في هذه الحالة معين للمدين.

(٤) ص ١٤٦ ف ٢٠١.



وهذه المصلحة هي التي تبرر ثبوت النيابة القانونية للدائن ، فلم تكن هناك مصلحة مشروعة عاجلة لما كان هناك محل لتحتج هذه النيابة على المدين<sup>(١)</sup> ولا توجد مصلحة مشروعة عاجلة للدائن إلا إذا توافرت في المدين شروطان : (١) ألا يكون عنده أموال كافية لسداد حق الدائن إذا فاته عليه الحق الذي يريد الدائن استعماله ، أي أن يكون فوات هذا الحق على المدين سبباً في إحصاره أو في زيادة إحصاره . (٢) أن يكون مقصراً في عدم استعمال حقه بنفسه . يضاف إلى هذين الشرطين شرط ثالث بصريح النص ، هو إدخال المدين كخضعا في الدعوى<sup>(٣)</sup> .

### ٥٣٧ - فوات الحق على المدين بكونه سبباً في إحصاره أو في

زيادة إحصاره : ذلك أنه لو كان عند المدين مال آخر يستوفى منه الدائن حقه ، لما جاز لهذا الدائن أن يستعمل حقاً للمدين لا مصلحة له في استعماله ، مادام يستطيع استيفاء حقه من غير هذا الطريق ، ومن ثم قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ ، على ما رأينا ، بوجود أن يثبت الدائن أن عدم استعمال المدين لحقه يسبب إحصاره أو يزيد في هذا الإحصار . والمراد بالإحصار هنا هو الإحصار الفعلي ، بأن يزيد ديون المدين على حقوقه ، لا الإحصار القانوني الذي يستلزم حكماً بشهره بشروط وإجراءات معينة .

ونرى مما تقدم أن عبء الإثبات يقع على الدائن لا على المدين . وليس المدين أن يملأ ما يثبت أن عدم استعماله لحقه لا يسبب إحصاره أو لا يزيد في هذا الإحصار ، بل الدائن هو الذي عليه أن يثبت أن هذا الحق — ولنفرض أنه عين مملوكة للمدين في حيازة شخص آخر كعاد أن يملكها بالتضاد — لو ترك في يد الخازن يملكه بالتضاد ، لما وجد الدائن مالا آخر للمدين يستطيع أن ينفذ عليه ، أو أن ما يجده من مال المدين لا يكفي للوفاء بحقه . ويستوى أن تكون هذه العين كافية لوفاء بحق الدائن ، وهنا يكون فوات العين على المدين سبباً في إحصاره ، أو أن تكون غير كافية إلا لوفاء ببعض الحق ، وهنا يكون فوات العين على

(١) استئناف غلط ١٠ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٢٤٢

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التصديرية ص ٢٠٩ .

للمدين سبياً في زيادة إحصاره ، قى جميع هذه الأحاول يجوز للدائن أن يقطع التقادم باسم للمدين ، وأن يرفع باسم للمدين كذلك دعوى الاستحقاق ضد الحائز ، وذلك حتى لا يخرج الدين من مال المدين فيستطيع الدائن أن يستوفى منها حقه أو بعض حقه . ولو لم يمكن القانون الدائن من ذلك ، فلك الحائز العين بالتقادم ، لكان هذا سبياً في وقوع الضرر بالدائن من جراء تقصير المدين في المحافظة على أمواله<sup>(١)</sup> .

٥٣٨ - تنصير المدين في عدم استعماله حقه بنفسه : ولا يكفي أن يكون عدم استعمال المدين لحقه سبياً في إحصاره أو زيادة إحصاره ، بل يجب أيضاً أن يكون المدين مقصراً في عدم استعمال حقه بنفسه . أما إذا نشط وأراد أن يباشر بنفسه استعمال حقه ، حتى بعد أن يكون الدائن قد باشر استعمال الحق بالنياية عنه ، فانه يستطيع أن يفعل . ويجب في هذه الحالة على الدائن أن يمتنع عن المضي في الإجراءات التي بدأها ، وأن يترك انقضاء المدين<sup>(٢)</sup> . وكذلك الحال لو أن المدين ، عندما أدخل في الدعوى ، عمد الى مباشرة حقه بنفسه واتخذ موقفاً إيجابياً في ذلك ، ولم يكف بأن يكون وقفه سلبياً من الخصومة تاركاً للدائن عبء مباشرة الحق<sup>(٣)</sup> .

(١) استئناف غنط ٦ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٧١ - ١٠ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٢ - ١٥ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٢٦٣ - ٢٦ كانون ١ ص ٣٤٠ - بلانيول وديجير وروهان ٧ فقرة ٩١٠ .

(٢) استئناف غنط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩٤ - ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ - ٢١ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٥١٨ - ٤ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٧ - ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٢ ص ٥٨ - ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ - مصر الكلية المظقة ٥ فبراير سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ١٣٧ ص ٦٠ - ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٤ ص ٧ - قرون استئناف غنط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٥ .

(٣) بل إن المدين يستطيع أن يوقف الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل بحسبها ، بأن يفتح مع الخصم على إبعاد النزاع صلحاً . وليس للدائن أن يتنصر على ذلك ، فإن المدين لا يزال صاحب الحق ويجوز له التصرف فيه ، ما لم يكن قد قصد الإضرار بالدائن ، فلهذا أن يمتنع في طلب الحاق بالدعوى لغيره (بوردو وبارد ١ فقرة ٦٢٨ ص ٦٢٥ - بلانيول وديجير وروهان ٧ فقرة ٩٠٨ - نظرية القيد لمؤلف فقرة ٧١٨ ص ٧٥٩ حاشي رقم ٢) .

وفي حالة ما إذا باشر المدين حقه بنفسه ، ولم يكن الدائن خصماً في الدعوى وخلاف تواطؤ المدين مع الخصم ، فله أن يدخل خصماً ثالثاً ليرقب بنفسه الإجراءات محافظة على حقوقه من تواطؤ المدين أو من تراخيه في الدفاع عن حقه<sup>(١)</sup>. وله إلى جانب ذلك أن يستعمل الدعوى البولصية إذا تواطأ المدين فعلاً مع الخصم للإضرار به<sup>(٢)</sup>.

وعليه إثبات تقصير المدين في استعمال حقه يقع على الدائن . ولكل كل ما على الدائن أن يشبه هو أن المدين لم يستعمل حقه بنفسه وكان ينبغي أن يفعل إذا أن موقفه السلي هذا يهدد بالإضرار أو بالزيادة فيه . فلو أن المدين ، إذ لم يستعمل حقه ، كان أمامه فسحة من الوقت لاستعماله ، فليس للدائن أن يستعمله مكانه . أما إذا تملكاً المدين في رفع الدعوى بحقه ، أو رفع الدعوى وتلكأ بعد ذلك في مباشرة الإجراءات<sup>(٣)</sup> ، وخيف من جراء هذا التلكؤ أن يسر المدين أو أن يزيد إضراره ، فللدائن عندئذ أن يستعمل حق المدين<sup>(٤)</sup>.

وإثبات الدائن أن المدين لم يستعمل حقه يكفي ، وليس على الدائن أن يثبت تقصيراً معيناً في جانب المدين<sup>(٥)</sup> . وقد كان المشروع التمهيدى المادة ٢٣٥ يذكر

- (١) استئناف مخطط ٢٢ يونه سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ٥ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١١٣ - ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٦٧ .  
(٢) ديولوب ٢٥ فترة ٩٥ - لوران ١٦ فترة ٣٩٠ - جيك ٧ فترة ١٨٦ -  
أوبري ورو ٤ فترة ٣١٢ ص ١٨١ - بوردو وبارد ١ فترة ٢٢٨ - بلانول وديور  
ورديوان ٧ فترة ٩٠٨ - دي ملتس ١ للغة (créance) فترة ٩ وفترة ٢٦ - هالزون ١  
ص ٢٤٠ - هالزون ٢ ص ٩٨ - نظرية البطل المؤلف فترة ٧١٨ ص ٧٥٩ .  
(٣) أو رفع الدعوى ، ثم استأنف الحكم الابتدائي ، وعند نظر الاستئناف لم يباشر  
الإجراءات وغادر البلاد ( استئناف مخطط ١٥ يونه سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ ) . ولا يهد  
المدين مهلاً إذا أومز إلى ذاته أن يتدخل في الدعوى حتى يكون من وراءه فاعله أن تكون الأحكام  
المختلطة هي المختصة ( استئناف مخطط ١٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٧ ص ١١٧ ) .  
(٤) استئناف مخطط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦٤ ص ٣٤ - مصر الكلية المخططة ٩ مايو  
سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ رقم ٨٩ ص ٥٢ - بلانول وديور وورديوان ٧ فترة ٩٠٨ .  
(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن إذا أضاف المدعى إلى دفاعه تمسكه بحق مدعى له قبل المدعى  
عليه واحتجابه بأن المدعى أصل الدفاع من حقه بقصد الكيد له ، وجب على المحكمة أن تقضى  
ذلك وترد عليه ، وإلا كان حكمها ميباً معيناً بنفسه ، ولا يصلح رداً على ذلك قول المحكمة إنه  
ليس للدائن لإدغام مديته على التمسك بمقرره ( نقض مخط ٣ مايو سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤  
رقم ٢٤٩ ص ٦٦٤ ) .

أن الدائن عليه أن يثبت إهمال المدين ، فعند النص في لجنة المراجعة ، واكتفى في التمثيل أن يثبت الدائن عدم استعمال المدين لحقه <sup>(١)</sup> . وغنى عن البيان أنه إذا أثبت الدائن أن المدين لم يستعمل حقه ، فظلمدين أو الخصم في الدعوى أن يثبت أن الوقت لا يزال متسعاً أمام المدين لاستعمال حقه بنفسه ، وفي هذه الحالة لا يقبل من الدائن أن يستعمل الحق باسم المدين .

### ٥٣٩ - إرفال المدين خصماً في الدعوى - عدم ضرورة إهماله :

لم ينص الضعين المفق السابق على ضرورة إدخال المدين خصماً في الدعوى ، ولذلك كان للرأى الغالب - كما هو الأمر في القانون الفرنسي - أن إدخال المدين خصماً في الدعوى ليس بشرط <sup>(٢)</sup> . لكن إذا لم يدخل المدين خصماً في الدعوى ، فإن الحكم الذي يصدر فيها كان لا يسرى في حقه ، وهذا بخلاف الحكم الذي يصدر في مواجهة المدين فإنه يسرى في حق الدائن وفقاً لقواعد العامة المقررة في حجية الأمر المقضي <sup>(٣)</sup> . وقد تجرت العادة أن الدائن يدخل المدين خصماً في الدعوى ، فإذا لم يدخله فإن الخصم هو الذي يدخله حتى يجعل الحكم يسرى في حقه <sup>(٤)</sup> .

(١) انظر تاريخ نص المادة ٢٢٥ آنفاً فقرة ٥٢٨ في الملحق .

(٢) استئناف مخطوط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤٧ - ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ - ٥ يولييه سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ١ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٢٥ - لوران ١٦ فقرة ٤٠٠ - برودى وهارد ١ فقرة ١٣٥ - ديوج ٧ فقرة ٩٦٨ - بلانيول وريبير ودوران ٧ فقرة ٩١٦ - وهون ٢ ص ٩٧ - نظرية الفقه السولف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٦ هامش رقم ١ - الأستاذ أحمد حشمت أبرصيت فقرة ١٢٨ - الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٤٥١ - أنظر عكس ذلك : استئناف مخطوط ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ - ١٩ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٩ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٦٥ - ٥ يولييه سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٢ - ٨ يولييه سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ٣٦٢ - ديولوب ٢٥ فقرة ١٠٧ .

(٣) استئناف مخطوط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٢٥ ص ٩٤ - ٥ يولييه سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ١ - وفي فرنسا انقسم الفقه : فرأى يذهب إلى أن الحكم لا يسرى في حق المدين إذا لم يدخل في الدعوى (أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ هامش رقم ١٨) ، ورأى ثان يذهب إلى أن الحكم يسرى في حق المدين سواء كان في حقله أم صفة (كوليه دي سانييه ٥ فقرة ٨١ مكررة - بلانيول وريبير وبولانييه ٢ فقرة ١١١٦) ، ورأى ثالث يذهب إلى أن الحكم يسرى في حق المدين إذا كان في حقله لا إذا كان صفة (لوران ١٦ فقرة ٤٠٨) .

(٤) استئناف مخطوط ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ - لوري ورو ٤ فقرة ٣١٢ =

والمدين كذلك أن يدخل من تلقاء نفسه خصماً في الدعوى ، بل له أن يولاهما بنفسه ويوقف عمل الدائن كما قلنا . ولتقاضى من تلقاء نفسه أن يأمر بإدخال المدعى خصماً إذا رأى فائدة في ذلك<sup>(١)</sup> .

وقد ذهب الفقيه المنقح الجديد في هذه المسألة ملجأ آخر ، فنص صراحة (م ٢٣٥ ققرة ٢) على وجوب إدخال المدعى خصماً في الدعوى . فلا يجوز إذن للدائن أن يرفع الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل المدعى خصماً ثالثاً ، فإذا لم يدخله جاز الخصم أن يدفع بعدم قبول الدعوى ، إلا إذا دخل المدعى من تلقاء نفسه أو أدخله الخصم نفسه . فالحكم الذي يصل في الدعوى يسرى إذن في حق المدعى ، مادام قد أصبح طرفاً في الدعوى<sup>(٢)</sup> .

ولما كان لا بد من إدخال المدعى خصماً ، فقد استغنى بذلك عن إعلانه ، فان إدخاله خصماً أقوى من الإحذار<sup>(٣)</sup> . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ منقحة صراحة على عدم ضرورة الإحذار . وكذلك كان الحكم في عهد الفقيه المنقح السابق دون نص صريح على ذلك ، إذ ليس في القواعد العامة ما يحتم الإحذار إلا نحو الخصم الذي يباشر الدائن في مواجهته حتى المدعى إذا كان الإحذار ضرورياً<sup>(٤)</sup> . وبهذا الرأي أخذت جمهرة الفقهاء في فرنسا<sup>(٥)</sup> ، وسائر

ص ١٨١ - ص ١٨٢ - بلانجيل وديريه وودوان ٧ ققرة ٩١٦ - الأستاذ أحمد حطمت أبو سبتة ققرة ٦٣٠ .

(١) استئناف مخطوط ١٩ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٩ - الأستاذ محمد صادق فهمي ققرة ٤٥١ - على ألا يكون إدخال المدعى خصماً في حكمة الاستئناف حتى لا يفسح عليه درجة من درجات التقاضي (انظر نقض فرنسي أول أغسطس سنة ١٨٥٩ دالوز ٥٩ - ١ - ٣٥٣ - ٢ أغسطس سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٧ - ١ - ٢٢٤ - بلانجيل وديريه وودوان ٧ ققرة ٩١٦) - كذلك لا يشترط أن يصدر الدائن صحيفة الدعوى بما يقرر أنه يصل باسم المدعى ، مادام طام الأمر يمكن فهمه من مجموع العبارات الواردة في صحيفة الدعوى (استئناف مخطوط ١٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٧٨ - ٩ أبريل سنة ١٩١٨ م ١٠ ص ٣٤٠) .

(٢) ولا يقال أنه مادام الدائن ثالثاً عن المدعى ، فقد كان ينبغي أن تفي هذه التيسارة من أعمال المدعى خصماً في الدعوى ، ذلك أن النيابة هنا هي لصالح الدائن لا لصالح المدعى كما سبق القول ، فكان لا بد من إدخال المدعى خصماً في الدعوى حتى يرقب إجراءاتها وحتى يستطيع حامية حقه بنفسه .

(٣) بلانجيل وديريه وودوان ٧ ققرة ٩٠٩ .

(٤) وذلك للحكم بخصوص من يتأخير أو يصرف وقت الدعوى مطلقاً .

(٥) لوران ١١ ققرة ٣٩٢ - لاروسيه ٢ ١١٦٦ ققرة ٢١ - بلانجيل وديريه -

عليه الفقه في مصر<sup>(١)</sup>، قبل أن يتضمنه نص في القانون المدني الجديد .  
وغنى عن البيان أنه لا حاجة للدائن أن يدخل الدائنين الآخرين في الدعوى<sup>(٢)</sup>.  
ويسرى الحكم الصادر في الدعوى مع ذلك في حقهم ، لأن المدين - وقد رأينا  
أن من الواجب إدخاله في الدعوى - يمثل جميع الدائنين ، والحكم الذي يصدر  
في مواجهته يكون حجة عليهم جميعاً وفقاً للقواعد المقررة في حجية الأمر  
المقضي<sup>(٣)</sup>.

## المبحث الثالث

الشروط التي ترجع إلى الحق التي يستعمله الدائن باسم للمدين

٥٤٠ - الفاعلة واستقلالها: نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥  
على أن للدائن أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان  
منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز . ويستخلص من ذلك أن  
القاعدة هي أن أي حق للمدين يجوز للدائن أن يستعمله . ويستثنى من ذلك :  
(أولاً) أن يكون للمدين مجرد رخصة ، فلا يجوز للدائن أن يستعملها باسم  
المدين<sup>(٤)</sup>. (ثانياً) ألا يكون الحق للمدين نفسه ، بل هو حق يباشره عن غيره ،  
فلا يجوز للدائن أن يستعمل هذا الحق ، إذ هو ليس حقاً للمدين . (ثالثاً) أن

= وردوا ٧ فقرة ٩٠٩ - دمج ٧ فقرة ٩٦٦ - كولان وكايتان وموداندير ٢ فقرة ٤٣٥  
ص ٣١٧ - جوران ٢ فقرة ٦٧٠ - انظر عكس ذلك : ديولوب ٢٥ فقرة ١٠٢ -  
فقرة ١٠٣ - ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٣ .

(١) الأستاذ عبد السلام ذهب في الالتزامات فقرة ٣٣١ - الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة  
٤٥١ - نظرية العقد المؤقت فقرة ٧١٩ ص ٧٦٦ هاشم رتم ١ - الأستاذ أحمد حشمت  
أبو ستيت فقرة ٦٢٨ - انظر عكس ذلك وقنون ٢ ص ٩٧ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٥١ .

(٣) حل أن إذا كان المدين تاجراً غفلاً ، فالدائن لا يباشر الدعوى باسم المدين إلا في مواجهة  
السعيك ، والحكم يكون باسم السعيك (م ٢٢٠ تجاري) .

(٤) والاستثناء هنا ظاهري ، لأن الرخصة غير الحق فلا تسكن منه . والفرض من هذا  
الاستثناء الظاهري سحر مالا يستطيع الدائن أن يستعمله باسم للمدين .

يكون الحق للمدين ، ولكنه متصل بشخصه خاصة . (رابعا) أن يكون الحق غير قابل للحجز عليه . (خامسا) أن يكون الحق مقبلا بحيث لا تكون مثالة فائدة الدائن في استعماله<sup>(١)</sup> . ونستعرض القاعدة ثم الاستثناءات .

#### ٥٤١ - يجوز للمدين استعمال أى حق للمدين : يجوز الدائن ،

كقاعدة عامة ، أن يستعمل أى حق للمدين ، لا فرق بين حق وحق .

قد يكون هذا الحق حقاً شخصياً ، محله نقد أو عين أو عمل أو امتناع عن عمل . وأكثر ما يستعمل الدائن من حقوق المدين الحق الشخصي الذى محله نقد ، فهو الحق الأكثر سهولة في الاستعمال . ومع ذلك فإن هناك إجراء أمام الدائن بفضل الدعوى غير المباشرة لتقاضى ما للمدين من نقود في ذمة مدينه ، وهذا هو حجز ما للمدين لدى الغير . ومن ثم كانت الدعوى غير المباشرة نادرة الوقوع في العمل . ففى حجز ما للمدين لدى الغير يعتمد الدائن - بدلا من رفع الدعوى غير المباشرة - إلى الحجز تحت يد مدين المدين على ما للمدين من نقود في ذمة مدين المدين ، فإذا ما حكم بصحة الحجز انقلب الإجراء إجراء تنفيذياً ، وتمكن الدائن بإجراءات هذا الحجز وحدها من استيفاء حقه من مدين المدين<sup>(٢)</sup> . وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة ، فإن الدائن بعد النجاح فيها لا يكتفى بذلك ، بل لابد له حتى يصل إلى حقه من أن يباشر إجراءات تنفيذية مستقلة عن الدعوى<sup>(٣)</sup> .

وقد يكون حق المدين حقاً عينياً يستعمله الدائن باسمه ، كحق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٠٩ بقرة ٣ .

(٢) استئناف مخطط ٢٨ يناير سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٢٢٠ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٥١٢ ص ٥٥ .

(٣) دى باج ٣ بقرة ١٨٢ - ويلاحظ أن حجز ما للمدين لدى الغير هو نفسه حق المدين ، فيجوز إذن للدائن استعماله فيحجز باسم مدينه على ما للمدين مدينه لدى الغير ، وقد سبقت الإفادة إلى ذلك . ولقد فرق ظاهر بين أن يحجز الدائن باسمه على ما لمدينه لدى الغير ، وبين أن يحجز باسم مدينه على ما لمدين مدينه لدى الغير .

ويطلب أن يأخذ الحق - شخصياً كان أو عينياً - صورة الدعوى برضاها  
 للدائن حتى من عليه الحق للمدين<sup>(١)</sup> ، كدعوى المدين أو دعوى الاستحقاق<sup>(٢)</sup> .  
 ومن ثم أطلق على استعمال الدائن لحقوق مدينه اسم « الدعوى غير المباشرة » ،  
 أغلباً بالغالب . على أنه يجوز أن يستعمل الدائن باسم مدينه مجرد إجراءات ،  
 دون أن يرفع دعوى أمام القضاء . وهذه الاجراءات إما أن تكون تصرفات  
 قانونية أو إجراءات مادية . مثل التصرفات القانونية أن يقبل الدائن وصية من  
 المدين ، أو يسترد شيئاً للمدين حتى استرداده ، أو يقبل اشتراطاً لمصلحة المدين .

(١) ولما كان الدائن لا يستطيع الجزر على دعوى مدينه - باستثناء حجز ما للمدين لدى  
 الغير ومع ذلك فلا يبيح من حكم بصفة الجزر - فلا يبيح إلا أن يستعمل الدائن هذه الدعوى باسم  
 مدينه ، حتى يغلب به ذلك على ما تنتج هذه الدعوى من مال (دمج ج ٧ فقرة ٩٢٠ من ٢٩٩) .  
 (٢) ومن الدعوى التي يستطيع الدائن أن يمارسها باسم المدين : دعوى المدين إذا كان  
 مفترقاً في الرجوع على ماله بغير الاستحقاق أو ضمان القريب ( استئناف مخطط ١٨ نوفمبر  
 سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٢٥ - ٩ يونيو سنة ١٩٢١ م ٤٢ ص ٤٤٠ - بودري وبارد ١  
 فقرة ١٠٨ ) أو في الرجوع على البالغ بما دفعه وقاد لدائن محسبون ونحن على الضار الميع  
 ( استئناف مخطط ١١ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ٢٤٦ ) ، ودعوى المدين البالغ في استيفائه  
 ثمن الميع ( استئناف مخطط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢١ - ١٩ أبريل سنة ١٩١٨  
 م ٣٠ ص ٢٤٠ ) ، ودعوى المدين المصاحب في ماله في الرجوع بالتسوية على من أطلق به  
 المقرر (لوران ١٦ فقرة ٤١٩ - حيك ٧ فقرة ٢٠٢ - لاوريير ٢٧ فقرة ١١٦٦ - ٢٠)  
 ودعوى المدين القاصر في مطالبة قوسي بفتح حساب من قوصاية بعد انتهائها (بودري وبارد ١  
 فقرة ٦٠٨ - لوران ١٦ فقرة ٣٣٨ ) ، ودعوى المدين في دفع منقضة (contredit) لإزالة  
 بعض القيود المبالغ فيها إلى مقداره الحقيقي (استئناف مخطط ٥ مايو سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٢٣٥) ،  
 ودعوى المدين إذا كان شريكاً في شركة في ضمن بطلان اتفاق على تعديل الشركة أو على حلها  
 (استئناف مخطط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٢٣٤) ، ودعوى المدين في المطالبة بسقوط  
 إجراءات اقتضت لزج ملكية ( استئناف مخطط ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٦٣ ) ،  
 ودعوى المدين في ضمن بالسورية في سند بدين في ذمته ( استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩٢٠  
 م ٤٢ ص ٣٥٢ ) ، ودعوى المدين في أن يطلق في عقد صدر منه بالبطلان أو بالنسخ  
 ( استئناف مخطط ١٣ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٧٢ - بودري وبارد ١ فقرة ٦١١ -  
 فقرة ٦١٦ - دي بلانك ٣ فقرة ١٨٩ - بلانك وديري وولانجيه ٢ فقرة ١٣٩٤ -  
 جوران ٢ فقرة ٦٦٨ - ويطلب على القضاء الفرنسي ألا يسلط الدائن الحق في ضمن بإبطال  
 العقد باسم المدين بحجة أن العقد بإبطال عقد لم يبق في إرضاء أو لنقص في الألفية سألة يرجع  
 القضاء في تقديرها إلى اجراءات أدبية : قضى فرنسي ٦ مارس سنة ١٨٧٨ دالوز ٧٨ -  
 ١ - ٣١٦ - ١٨ أكتوبر سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١٢ - ١ - ٢٢٣ ، ومع ذلك انظر : قضى  
 فرنسي ١٠ مارس سنة ١٨٥٣ دالوز ٤٢ - ١ - ١٦٠ ) ، ودعوى المقرض ضد البالغ يمارسها =



ومثل الإجراءات المادية أن يقيد رهناً لمصلحة المدين ، أو يجند قيد الرهن ، أو يسجل حقاً للمدين حتى تنقل إليه الملكية ، أو يقطع قداماً سرى ضد المدين ، أو يطلب باسم المدين وضع أعظام أو كتابة محاضر جرد<sup>(١)</sup> . ولذا إن كذلك ، أن يطعن باسم مدنيته في حكم صدر ضد المدين ، بجميع وجوه الطعن العادية وغير العادية ، من معارضة واستئناف ونقض والتماس إعادة نظر وغير ذلك . وله أن يقوم بأجراءات المرافعة ، وأن يتمسك بالدفع عن المدين<sup>(٢)</sup> .

= المشتري من المشتري (استئناف مخطوط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٢٠٨ ص ١٠٩ - ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٠ - وقارن استئناف مخطوط ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٤٣ - وانظر : دمولوب ٢٥ فقرة ٨٨ - لوران ١٦ فقرة ٤٢٢ - حيك ٧ فقرة ٢٠٢ - بودري وبارد ١ فقرة ١١٦ - هالتون ١ ص ٣٤ - دي هتس ١ لفظ (créancier) فقرة ٣٠ - والتون ٢ ص ١٠٣ - ص ١٠٤ - قصي زخلول ص ٣٧٤ - نظرية العقد للزلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٤ هامش رقم ٢ - عكس ذلك : توليه ٧ فقرة ٥٦٦ ، ودعوى المالك في استرداد الشيء المملوك له تحت يد الغير ( دعوى الاستحقاق ) ، ودعوى القوارث في المطالبة بتسوية في الميراث ، ودعوى الموصى له في المطالبة بالوصية ، ونحو ذلك . وكذلك يجوز استعمال حق المدين في طلب القسمة ( بحكمة مصر المخططة ستمجل ٢٦ يولييه سنة ١٩١٣ جازيت ٣ رقم ٤٧٠ ص ٢٢٥ ) ، وفي مطالبة شركة التأمين ببلغ التأمين ( بحكمة اسكندرية المخططة لتجلبرة أول مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٢٨٧ ص ٢٢٩ - استئناف مخطوط ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩ ) ، وفي رجوع المسخر ( الاسم المستعار ) حل الأصل بماله من ثمنه مع المسخر ( استئناف مخطوط ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٧١ ) . وللمسحق في وقف إذا أخذ أقل من استحقاقه أن يستصل دعوى ناظر لوقف في الرجوع حل مسحق أخذ أكثر من استحقاقه ( استئناف مخطوط ١٩ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤١٢ - قارن استئناف مخطوط ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٩ - ويلاحظ أنه يجب في هذا الرجوع أن يكون ناظر لوقف مشروطاً شخصياً نحو الاستحقاق الأول وراثياً شخصياً للمسحق الثاني ) .

(١) ومثل الإجراءات المادية أيضاً اتخاذ الإجراءات التنفيذية ( استئناف مخطوط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٤٦ ) ، وتوقيع الحجز الفسخي ، وحيز ما للمدين لدى الغير ، وإلغيه بإيهاء عقد الإيجار ( إذا كان الدائن كفيلاً للمستأجر وتأخر هذا في دفع الأجرة : نظرية العقد للزلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٥ هامش رقم ٢ ) - ومن أجل مباشرة الدائن للإجراءات باسم المدين يذكر التفتين الفرنسي عبارة «المفروق والمملوك» فيصرف لفظ «المفروق» إلى الإجراءات ( ديجو ٧ فقرة ٩٢٨ ) .

(٢) استئناف مخطوط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ١٦ ص ٣٢ - ٤ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٩ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٠ - استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المضافة ١٦ رقم ٤٢٠ ص ٩١١ - أوبري دور ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨١ - بيدان ولا جرد ٩ فقرة ٩٦٤ - ديجو ٧ فقرة ٩٢٥ - دي بلانج ٣ فقرة ١٨٦ ص ٢٠٢ - دي هتس ١ = (م ٦١ لفرنيت - ٢٣)

## ٥٤٢ - لا يجوز للمدعى أنه يستعمل ما للمدين من رخصة :

ليس للدائن أن يتدخل في شؤون مدينة إلى حد أن يقبل عنه صفقة لا يريد ما هو ، حتى لو كانت هذه الصفقة رابحة ومن شأنها أن تزيد في ضمان الدائن ، ولا أن يلغى باسم مدينة عقد إيجار بدعوى أن الأجرة بلعقة ومن شأنها أن تنتقص من ضمان الدائن . « فحق » قبول الإيجاب ، « وحق » إلغاء عقد الإيجار ، « وحق » إدارة المدين لأمواله حسبما يرى حتى لو كانت هذه الإدارة سيئة<sup>(١)</sup> ، ليست حقوقاً يجوز للدائن أن يستعملها باسم مدينة ، بل هي مجرد رخص لا شأن للدائن في استعمالها<sup>(٢)</sup>.

ولكن إذا أصبحت الرخصة حقاً ، فللدائن أن يستعمل هذا الحق باسم مدينة مادام قد استوفى الشروط اللازمة . فحق الموصى له في قبول الوصية<sup>(٣)</sup> ، وحق المستع في قبول الاشتراط لمصلحته<sup>(٤)</sup> ، وحق الموحد بالبيع في الشراء ،

« لفظ (créancier) فقرة ٨ وفترة ٢٧ - انظر عكس ذلك : استئناف غلط ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ .

هذا ويصح أن يشترط المدين حل دائنته ألا يحصل حقاً له ولو لم يكن مصلداً بشخصه (بلانويول وديير ورومان ٧ فقرة ٩٠٦ - دي باج ٣ فقرة ١٩٠).

(١) انظر تقنين الموجبات والنفود الثباتي (م ٢٧٦ فقرة ٢) : « غير أنهم (أي الدائنين) لا يستطيعون أن يطرحوا بهذا الامتياز ليقوموا مقامه في إدارة مملوكة ، فهو بين متسلطاً بتمام إدارته بالرغم من سوء حالة إعماله ».

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٢٤ وما بعدها - هيك ٧ فقرة ١٩٤ - بارتان حل أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٧٩ - بودي وهارد ١ فقرة ٥٩٩ - ديجو ٧ فقرة ٩٢٦ - بلانويول وديير ورومان ٧ فقرة ٩٠٠ - فقرة ٩٠١ - جوسران ٢ فقرة ٦٥٥ - دي غلس ١ لفظ (créancier) فقرة ١٠ وفترة ١٥ - ولجون ٢ ص ١٠٤ - نظرية العقد لمؤلف فقرة ٧١٩ ص ٢٦٠ ملش دلم ١ .

(٣) وهناك رأى يلعب إلى أنه لا يجوز للدائن أن يحصل حق مدينة في قبول الرخصة ، لا لأن القبول هنا مجرد رخصة ، بل لأنه حق مصل شخص المدين (بودي وهارد ١ فقرة ٦٢٢ - بلانويول وديير ورومان ٧ فقرة ٩٠٤).

(٤) ويلعب نفس القيد إلى أن قبول المستع للاشتراط لمصلحة مجرد رخصة لا يجوز للدائن استعمالها باسم المدين (دي باج ٣ فقرة ١٨٧ - بودي وهارد ١ فقرة ٦٢٣) . والصحيح أن حق المستع في الاشتراط لمصلحة الغير حتى ينشأ من العقد ، وقبول المستع ليس إلا لجته حقاً في قابل القطع . ثم إن حق مستع القاتلون بالنهاية عن مدينتهم أن يحطوا فيه كالمثل =

وحق المشتري وفاء في استرداد الشيء المبيع عندما كان يبيع الوفاء جازاً (٣) ، كل هذه حقوق يجوز للدائن استعمالها باسم المدين (٤) .

أما امتلاك بالتقادم ، فالرأى الراجح أنه رخصة لاحق ، وأن التقادم لا يتم إلا بالتمسك به (٥) . وكان مقتضى هذا التكييف أن الدائن لا يستطيع استعمال هذه الرخصة نيابة عن مدينه ، ولكن الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ ملغى نصت

على مقتضى ، إلا إذا تبين أن الأمر يتعلق بأخبارات أدبية بحسن تقدير المتع ، فستدفع لا يجوز للدائن استعماله ، لا لأنه مجرد رخصة ، بل لأنه حق متصل بشخص المدين ( مجموع ٧ فقرة ٨٢٣ و فقرة ٩٢٨ - الأستاذ أسد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام سنة ١٩٤٥ فقرة ٦٢٤ ص ٤٦٦ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٠٠ ص ١٢٩ ) .  
وحق المشتري في نقض الاشتراط لمصلحة الغير ، ونحوه إلى منتفع آخر أو إلى نفسه ، يعتبر رخصة لا يجوز للدائن المشتري استعمالها ، وهو حل كل حال موكول إلى بحسن التقدير الشخصي للمشتري ( بلاتول وريير ورومان ٧ فقرة ٩٠٤ ص ٢٣٨ - قارن نظرية القسط المؤلف فقرة ٨١٨ ص ٩١٨ ملش رقم ٢ ) .

(١) فحق المورود بالبيع وحق المشتري وفاء كلاهما حق ذو قيمة مالية نشأ من عقد المورود أو طه البيع وفاء ، مظهرا مثل حق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير نشأ من عقد الاشتراط ( نظرية القسط المؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ ملش رقم ١ ) .

ويحسن في هذا الصدد أن نميز ما بين الحق الكامل كحق المورود بالبيع وحق المشتري وفاء وحق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير ، ومجرد الرخصة كحق الشخص في أن يشتري دار غيره إذا رضى صاحب الدار وحق المالك في إدارة ملكه ، وميزة وسطى ما بين الحق والرخصة كحق الشخص في قبول الإيجاب الموجه له وحق الشفيع في الأخذ بالشفعة وحق الشرك في استرداد النصيب الشائع . فالحق الكامل هو وحده الذي يستطيع الدائن أن يتصل به باسم المدين ، أما مجرد الرخصة فلا يجوز للدائن استعمالها ، ويلحق بالرخصة في ذلك الميزة الوسطى ما بين الحق والرخصة .  
ويميز بردي وبارد ما بين حق لا يحتاج إلا إلى مجرد التثبيت (consolidation) وهذا يجوز للدائن استعماله باسم المدين ، ومجرد الرخصة في كسب الحق وهذه لا يجوز للدائن استعمالها (بردي وبارد ١ فقرة ٦٠١ ص ٦٠٠) .

(٢) ديراقون ٦ فقرة ٥١٦ - فقرة ٥٢٠ - ديولوب ١٤ فقرة ٥٥٧ ص ١٥٥  
فقرة ٥٣ و فقرة ٧٦ - بردي وبارد ١ فقرة ٦٠٠ - فقرة ٦٠٢ - بلاتول وريير ورومان ٧ فقرة ٩٠١ - ولاقون ٢ ص ١٠٤ - ص ١٠٥ - نظرية القسط المؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٠ ملش رقم ١ - انظر عكس ذلك : لوران ١٦ فقرة ٤٢٦ - فقرة ٤٢٧ - مارك ٧ فقرة ١٩٥ .

(٣) فالتقادم المسقط إذن وثيقة مركبة (fait complexe) ، تتكون من وثيقة مادية هي مرور الزمن وتصرف قانوني هو إعلان المدين لإرادته في التمسك بالتقادم ، وكذلك التقادم المكسب ، غير أن الوثيقة المادية في التقادم المكسب هي مرور الزمن من الميزة ساً .

استثناء على جواز تمسك اللاتن بالتقدم الميسقط نيابة عن مدينه إذ تقول :  
« لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقدم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك  
بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولولم  
يتمسك به اللدين » ، وقضت المادة ٩٧٣ مدنى بنفس الحكم بالنسبة إلى التقدم  
المكسب (١) .

« حق » الشفع لى الأخذ بالشفعة ، « حق » الشريك فى استرداد النصيب  
الشائع ، كلاهما رخصة لا يجوز للاتن استعمالها بالنيابة عن اللدين ، مثلها مثل  
قبول الإيجاب الموجه إلى اللدين (٢) .

٥٤٣ - ولا يجوز للرئيس أنه يستعمل حقاً مباشراً المدين عن غيره :  
ثم إن الحق الذى يستعمله اللاتن باسم اللدين يجب أن يكون حق اللدين نفسه ،  
لاحقاً بإشارته اللدين عن غيره . فلا يجوز للاتن ، إذا كان مدينه ولياً لقاصر ،  
أن يرفع دعاوى القاصر باسم مدينه ، لأن هذه الدعاوى إنما يباشرها اللدين عن  
القاصر بصفته ولياً له . وكذلك الأمر لو كان اللدين قبا على محجور عليه أو ناقراً  
على وقف ، فلا يجوز للاتن أن يرفع باسم مدينه دعاوى المحجور عليه ولا دعاوى  
الوقف (٣) .

كذلك إذا جاز للاتن أن يستعمل حق اللدين قبل مدين اللدين ، فلا يجوز  
له أن يستعمل حق مدين اللدين قبل مدين مدين اللدين (٤) ، لأن حق مدين  
للدين إنما يستعمله اللدين بالنيابة عن مدين اللدين ، فلا يجوز للاتن أن يستعمل

(١) استئناف مخطط ١٧ مارس سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ١٧٤ — نظرية القيد المؤلف  
قكرة ٧١٩ ص ٧٦٠ جلدش رقم ١ — أما النزول من التقدم فيجوز للاتن أيضاً استثناء القطن  
فيه بالحقوى القولية ( م ٣٨٨ و ٩٧٣ مدنى ) على النحر الذى سنورده فيما بعد .

(٢) لوردان ١٦ قكرة ٤٢٨ — حيك ٩ قكرة ٢١ — بلاندي وروبيرو ٧  
قكرة ٩٠١ — ص باج ٣ قكرة ١٨٧ — عكس ذلك : أوبى ورو ٤ قكرة ٣١٢ — بوردى  
وهاردا قكرة ٦١٠ .

(٣) استئناف مخطط ٧ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٧٠ — والفتون ٢ ص ١٠٢ —  
نظرية القيد المؤلف قكرة ٧١٩ ص ٧٦١ جلدش رقم ١ .

(٤) قارن استئناف مخطط ١٧ يوليى سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٩ — ٩ فبراير  
سنة ١٩٢٠ م ٥٢ ص ١٢٢ .

حقاً يباشره مدينة بالنيابة عن غيره<sup>(١)</sup>. وقد قلنا أنه يجوز للدائن أن يحصل حق للمدين في إيقاع الحجز التحفظي على ما للمدين المدين لدى مدين مدين للمدين دون مجاوزة لهذا الحد<sup>(٢)</sup>.

#### ٥٤٤ - ولا يجوز للرأس أنه يستعمل عقا منصوص بنفسه المدين

خاصة : وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ كما رأينا . ذلك أن الدعوى غير المباشرة إنما تستند ، كما قلنا ، إلى ما للدائن من حق الضمان العام على جميع أموال مدينه ، فالحق الذي يستطيع الدائن أن يستعمله يجب إذن أن يدخل ضمن الحقوق التي تعتبر ضامنة لحق الدائن .

ويترتب على ذلك أن الحقوق غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وهي حقوق متصلة بشخص المدين خاصة ولا تدخل في الضمان العام للدائنين ، لا يجوز للدائن استعمالها . فلا يجوز استعمال حق الطلاق ، حتى لو كان استعمال هذا الحق من شأنه أن يخفف عبئاً مالياً عن المدين كإقطاع دين النفقة . ولا يجوز استعمال حق العان ، ولو أن استعمال هذا الحق من شأنه ألا يثبت نسب ولد العان من المدين فلا يتحمل هذا نفقته . وليس للدائن أن يطلب باسم مدينه إنقاص نفقة قدرت لزوجة المدين أو لأحد من أقاربه<sup>(٣)</sup> . كذلك لا يجوز للدائن أن يرفع باسم مدينه دعوى نسب ، حتى لو كانت هذه الدعوى تؤدي إلى أن يثبت للمدين ميراث أو وصية ، لأن دعوى النسب متعلقة بالأحوال الشخصية فيترك

(١) فلا يجوز لبائع السوار الذي لم يتوفى اثنان كاملاً ، وترك قيد كل من استجاره وامعاز المشتري من يسطر ، أن يحدد قيد امتياز المشتري من المشتري في المعاد القانوني : لطلب من انضمت له الملكية بعد ذلك بالباقي له من اثنان . فهو إذا كان يستطيع أن يحدد قيد امتياز هو ، وأن يحدد باسم المشتري من قيد امتياز هذا المشتري ، فإنه لا يستطيع أن يحدد قيد امتياز المشتري من المشتري ، لأن هذا التجديد إنما يجريه مدينه المشتري باسم مدين مدين المشتري من المشتري ، فلا يجوز له أن يباشره هو باسم مدينه المشتري ( عملة بوردمو الاستثنائية ٩ مارس سنة ١٩٣٦ سيرة ١٩٣٧ - ٢ - ١٢٩ - دالغوز أنيكوليدى ١ oblique action فقرة ٤٠ ) .

(٢) بلانيرك وديير وودوان ٧ فقرة ٩٠٥ مكررة — نظرية لفقه المؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦١ ملش رقم ١ .

(٣) ديولوب ٥ فقرة ١٣٧ — عملة ٧ فقرة ٢٠٠ — بودري وبلرد ١٥ فقرة ٩٩٣ — بلانيرك وديير وودوان ٧ فقرة ٩٠٢ .

المدين حراً في تقدير متسبة رفضها . ولكن لما كان يجوز الورثة أن يطالبوا بميراث موته ولو اتفق الأمر أن يثبتوا نسبته ، فلذلك الورثة أن يرفضوا هذه الدعوى باسم مدينهم ، لأن القضية تصبح قضية ميراث لا قضية نسب (١) .

ويترب على ذلك أيضاً أن الحقوق المالية غير المتعلقة بالأحوال الشخصية ، إذا كانت متصلة بشخص المدين ، لا يجوز للدائن استعمالها . ويعتبر الحق المالي متصلاً بشخص المدين إذا قام في أساسه على اعتبارات أدبية (٢) ، وذلك كحق الواهب في الرجوع في الهبة (٣) ، وحق المصاحب في التصويض عما أصابه من الضرر الأدنى (٤) ،

(١) ويشترط ديولوب ألا يكون إثبات نسب المورث ضمن ما يطلب الحكم به ، فيكون هذا النسب طريقاً من طرق الدفاع لإثبات الميراث ، لا طلباً في الدعوى يراد الحكم به (ديولوب ٥ فقرة ٢٨٤ — وانظر أيضاً : أوبري دور ٤ فقرة ٢١٢ حاشي رقم ٢٠ — لوران ٣ فقرة ٤٧٠ — بوردو وبارد ١ فقرة ٥٩٣ ص ٥٩٥) .

(٢) بوردو وبارد ١ فقرة ٥٩١ — دوج ٧ فقرة ٩٢٤ — بلانول وريجر وودوان ٧ فقرة ٩٠٤ — كولان وكايغان وموراندي ٢ فقرة ٤٣١ — جوران ٢ فقرة ٦٦٧ .

(٣) محكمة مصر المحظطة ١٢ مايو سنة ١٩٢٨ جازت ١٩ رقم ١٥١ ص ١٧٩ ، ومع ذلك أنظر محكمة مصر المحظطة ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ جازت ١٩ رقم ٢٦٤ ص ٢٦٥ . وقد قلقت بأن حق الرجوع في الهبة ليس حقاً متصلاً بشخص المدين — ديوانتون ١٠ فقرة ٥٤٠ — أوبري دور ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٩ — ديولوب ٢٠ فقرة ٩٩٢ — فقرة ٩٩٣ — لوران ١٢ فقرة ٢٨ — بوردو وبارد ١ فقرة ٦١٣ — بلانول وريجر وودوان ٧ فقرة ٩٠٤ .

(٤) وهذا ما لم تظهر إرادة المصاحب في المطالبة بالتصويض عن الضرر الأدنى ، فإذا ظهرت هذه الإرادة فالتفت في صورة اتفاق مع المستوفد أو بالمطالبة القضائية فقد أصبح حق التصويض حقاً مالياً كسائر الحقوق المالية يجوز للمدين استيفاءه (الوسط ١ ص ٩١٩) . وكل تصويض من عمل غير مشروع يجب أن يميز فيه بين التصويض عن الضرر الأدنى وهذا غير متصل بشخص المدين ويجوز للمدين استيفاء الحق فيه ، والتصويض عن الضرر الأدنى وهذا متصل بشخص المدين من فوجده الله أو يستند ولا يجوز للمدين أن يطالب به نهاية من المدين (محكمة مصر المحظطة ١٢ مايو سنة ١٩٢٨ جازت ١٩ رقم ١٥١ ص ١٧٩ — ديوانتون ١٠ فقرة ٥٥٧ — لوران ١٦ فقرة ٤١٩ — ديولوب ٣٥ فقرة ٨٢ — بوردو وبارد ١ فقرة ٦٢٥ — بلانول وريجر وودوان ٧ فقرة ٤ — فقرة ٩ — دي طلس ١ لفظ *credence* فقرة ٢٢ — فقرة ٢٥ — الأستاذ عبد السلام بن فقرة ٣٢٧ — نظرية القصد المؤلف فقرة ٧١٩ ص ٧٦٣ حاشي رقم ١) . ويعتبر الضرر مادياً ولو وقع على جسم المدين لا على ماله ، ما دام أنه ضرر مادي لا ضرر أدبي (بوردو وبارد ١ فقرة ٦٢٥ — بلانول وريجر وودوان ٧ فقرة ٩٠٤ ص ٢٣٨ — بلانول وريجر وودوان ٢ فقرة ١٣٩٢ — كولان وكايغان وموراندي ٢

وحق المؤلف في نشر مؤلفه أو إعادة نشره (١).

### ٥٤٥ - ولا يجوز للمدين أنه يستعمل عقا للمدينين غير قابل للمعجز:

ولما كانت الدعوى غير المباشرة تستند إلى الضمان العام للدائنين كما تقدم القول ، فحقوق المدين غير القابلة للحجز - وهي لا تدخل في هذا الضمان - لا يجوز للدائن استمالتها ، إذ لا يستطيع التنفيذ عليها ، فتصبح الدعوى غير المباشرة دون جدوى . وجميع الحقوق التي يقضى القانون بعدم جواز الحجز عليها ، سواء كانت غير قابلة للتنازل عنها كحق السكنى وحق الاستعمال ، أو كانت قابلة للتنازل كرتبات الموظفين ومعاشاتهم وديون النفقة والملكية الزراعية الصغيرة التي لا تزيد على خمسة فدادين (٢) ، كل هذه الحقوق لا يجوز للدائن استمالتها لانعدام المصلحة . وقد سبق أن عددنا تفصيلا أموال المدين التي لا يجوز الحجز عليها ، فنكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه من ذلك .

فقرة ٤٣٢ - جوسران ٢ فقرة ٦٦٨ - عكس ذلك : ديمولوب ٢٥ فقرة ٨٢ - أوبري ورد ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٩ ، بيدان ولا جارد ٨ فقرة ٦٣٦ ص ٦٥٩ . وقد جاء في كتاب أحكام الالتزام للدكتور حبشي المحصفاني ( ص ٥٧ ) أن القضاء اللبناني يذهب إلى أن الدية هي تمويص مادي وأدبي الورثة عن فقد مورثهم ، وأنها بهذه الصفة تكون من حق الورثة مباشرة ، ولا يمكن أن تدخل في عداد أموال المدين التي يجوز توقيع الحجز عليها من دائنيه ( قرار المحاكم المفردة في جبيل الصادر في ٢١ تشرين الثاني سنة ١٩٥١ المنشرة القضائية اللبنانية سنة ١٩٥٣ ص ٧٦ ) .

(١) ديموج ٧ فقرة ٩٢٧ ص ٣٠٧ - ويعتبر حق الوالد في محاسبة ابنته على نفقات حفظ أمثتها المودعة عنده حقا متصلا بشخصه ( مصر الكلية الأعلى ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ الهامة ٣ رقم ١١٨ ص ١٦٩ ) . كذلك يعتبر حق المدين الراهن في نقل التكليف باسمه حقا متصلا بشخصه ( استئناف مخطوط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢١١ ) .

هذا ويجوز للمدين أن ينزل عن حقه في الاعتراض على مباشرة الدائن لدعوى متصلة بشخصه ، فقد تقرر المخطر لمصلحة ويستطيع أن ينزل عنه إذا شاء . كما يجوز ، على التقيس من ذلك ، كما سبق القول ، أن يشترط المدين على الدائن ألا يتضمن حقا له ولو لم يكن هذا الحق متصلا بشخصه . فالدعوى غير المباشرة ليست من النظام العام ، وإنما وضعت قواعدا لمصلحة كل من الدائن والمدين ( بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٠٦ - دي باج ٣ فقرة ١٩٠ ) .

(٢) استئناف مخطوط ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٠٩ ص ٤٥٢ - ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٩ - بودري وبارد ١ فقرة ٦٠٤ - فقرة ٦٠٧ - بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ٦٠٣ .

٥٤٦ - ولا يجوز للمرائي أنه يستعمل حقا للمدين متفقاً على ص

المستفاد : وقد يكون الحق غير متصل بشخص المدين وقابلاً للحجز عليه ، ولكنه حق مثقل برهن أو نحوه مما يجعل استعماله غير ذي فائدة للدائن . فعند ذلك لا تكون هناك مصلحة للدائن في استعمال هذا الحق . مثل ذلك أن يسترد الدائن شيئاً مملوكة للمدين من تحت يد الحائز ، وتكون العين مرهونة ضماناً للدين يستغرق قيمتها ، ففي هذه الحالة لا تكون للدائن مصلحة في استرداد هذه العين ما دام الدائن المرتين يتقدم عليه ، فلا يبقى له شيء من ثمنها يستوفى منه حقه . ويستطيع كل من الحائز والمدين والدائن المرتين في المثل المتقدم أن يدفع للدعوى غير المباشرة بهذا الدفع<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على الدعوى غير المباشرة

٥٤٧ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٣٦ من التقنين المدني على

ما يأتي :

« يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين . وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه<sup>(٢)</sup> » . ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم واحد في التقنينين .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) نظرية العقد المؤلف بقرة ٧١٨ ص ٧٨٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة . وقد سئل في هذه اللجنة عما إذا كان يجوز للمدين باعباره نائباً عن المدين أن يصالح على الحق الذي يمتصه باسم المدين ، فأجيب بأنه لا يجوز ذلك لأن نيابة المدين عن المدين مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه والصلح ينطوي على تصرف . وأصبح رقم المادة ٢٤٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس للصدور تحت رقم ٢٢٦ (مجلة الأعمال المحضوية ٢ ص ٩١١ - ص ٩١٢) .



المادة ٢٣٧ ، وفي التفتين المدني العراقي المادة ٢٦٢ ، وفي التفتين المدني الليبي المادة ٢٣٩ ، وفي تفتين المريجيات والقعود البناني المادة ٢٧٦ فقرة ٤ (١).

#### ٥٤٨- الفكرة الأساسية في آراء المهوى غير المباشرة هي نيابة الرأى

عن المدين : والآثار التي تترتب على الدعوى غير المباشرة تتركز كلها في فكرة أساسية ، هي نيابة الدائن عن المدين كما سبق القول . والنيابة هنا نيابة قانونية ، نص عليها التفتين المدني الجديد صراحة في صدر المادة ٢٣٦ كما رأينا . ويعبر عنه النيابة القانونية المصلحة المشروعة العاجلة التي للدائن في استعمال حقوق مدينه ، وقد قدمنا أن هذه المصلحة هي الفكرة الأساسية التي تقوم عليها شروط الدعوى غير المباشرة .

ويلاحظ أن هذه النيابة التي أثبتها القانون للدائن عن المدين نيابة تتميز بأنها لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصل (٢) ، وبأنها مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه . وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

- (١) بالرغم من قيام هذه النيابة فإنه يجب إدخال المدين - وهو الأصل - خصماً في الدعوى ، وكان مقتضى قواعد النيابة أن دخول الأصل في الدعوى غير ضرورى ، بل ويكون الحكم سارياً في حقه حتى لو لم يدخل .
- (٢) أن المدين إذا كان قاصراً أو احتاج إلى إجراءات خاصة لمباشرة الدعوى بنفسه ، فإن هذا لا يكون ضرورياً بالنسبة إلى الدائن وهو يباشر الدعوى عن المدين ، وكان مقتضى قواعد النيابة أن يكون هذا ضرورياً ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

---

(١) التفتينات المغنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٢٢٧ (مطابقة المادة ٢٣٦ من التفتين المدني المصري) .

التفتين المدني العراقي م ٢٦٢ (مطابقة للمادة ٢٣٦ من التفتين المدني المصري) .

التفتين المدني السلطنة الليبية المتحدة م ٢٣٩ (مطابقة المادة ٢٣٦ من التفتين المدني المصري) .

تفتين المريجيات والقعود البناني م ٢٧٦ فقرة ٤ : «تكون نتائج الدعوى مشتركة بين جميع المائلين بدون أن يترتب للدائن على شرح في الدعوى استيفاء ما حل الأخرين» . (ولمحكم واحد في التفتين البناني والمصري ، رغم اختلاف العبارة والأسلوب) .

(٢) بلايول وريير وبولانجه ٢ فقرة ١٣٨٦ -

(٣) لا يجوز الدائن أن يصطلح على الحق الذي يستعمله باسم المدين ، فإن نيابته مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه . وقد ذكر هذا الحكم صراحة في لجنة المراجعة (١) .

(٤) لا تنفي إجراءات الدعوى غير المباشرة عن إجراءات التنفيذ ، فالدائن إنما يتوب عن المدين في استعمال الحق وحده ، وهو بعد الانتهاء من الدعوى غير المباشرة في حاجة إلى اتخاذ إجراءات تنفيذ مستقلة على الحق الذي استعمله باسم المدين .

وهذه الفكرة الأساسية - أن الدائن ليس إلا نائباً عن المدين في استعمال حقه (٢) - هي التي تحدد آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى المدين الذي يستعمل الحق باسمه ، وبالنسبة إلى الخصم الذي يستعمل الحق ضده ، وبالنسبة إلى الدائن الذي يستعمل الحق باسم المدين . ونعرض هذه الآثار متعاقبة .

## المبحث الأول

### آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى المدين

٤٥٩ - **بطلان المربع محتفظاً بحقه** : يبقى المدين محظوظاً بحقه الذي يباشره الدائن استعماله باسمه ، ولا ترتفع عنه يده ، لأن الدائن ليس إلا نائباً عنه ، والقاعدة أن الأصيل يبقى حر التصرف فيما ناب عنه غيره فيه .

فيبقى المدين إذن محظوظاً بجزية التصرف في حقه حتى بعد أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة . فإن كان هذا الحق عيناً ، فللمدين أن يبيعها أو يقايض عليها أو يهبها ، لأنه لا يزال هو المالك ، ولم تغل الدعوى غير المباشرة يده عن التصرف في ملكه . وكل ما يستطيع الدائن أن يفعل هو أن يظعن في تصرف

(١) أنظر تاليف نص المادة ٢٣٦ آنفاً فقرة ٥٩٧ في الحاشية .

(٢) وهذه التباينة هي أيضاً الفرق الأساسي بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البرلمانية ، فالأول يرفضها الدائن باسم المدين ، والأخرى يرفضها الدائن باسمه خاصة . وكالدعوى البرلمانية الدعوى المباشرة ودعوى التصويت ، يرفضها الدائن باسمه خاصة .

المدين بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها<sup>(١)</sup>. وإذا كان الحق ديناً، جاز للمدين أن يتصرف فيه حوالة بيع أو برهن أو غيره ذلك، ولا يستطيع الدائن إلا الطعن في التصرف بالدعوى البولصية على النحو المتقدم. وفي هذا تتجلى أفضلية حجز مالمدين لدى الغير على الدعوى غير المباشرة، فإن المحجز يرفع يد المدين عن الدين إلى حد كبير. هذا إلى أنه في الدعوى غير المباشرة يستطيع مدين المدين أن يفي بالمدين إلى المدين، بخلاف ما إذا حجز تحت يده فلا يستطيع أن يفعل ذلك<sup>(٢)</sup>. ومن ثم كان الاتجاه الدائنين إلى حجز مالمدين لدى الغير أكثر بكثير من اتجاههم إلى الدعوى غير المباشرة<sup>(٣)</sup>، وقد قلنا أن هذا هو التفسير لتدرة الدعوى غير المباشرة في العمل<sup>(٤)</sup>.

وكما يستطيع المدين التصرف في حقه، يستطيع كذلك أن يصطلح عليه، بل يستطيع أن ينزل عنه شيئاً كان أو ديناً، سواء كان ذلك قبل رفع الدعوى غير المباشرة أو بعد ذلك. وليس للدائن إلا الاتجاه إلى الدعوى البولصية كما قلنا<sup>(٥)</sup>.

(١) وقد قست محكمة النقض بأنه وإن كان المدين الذي يرفع الدائن باسمه الدعوى غير المباشرة يحمي محظاً بحرية التصرف في الحق المطالب به فيها، ومن ثم يكون هذا التصرف نافذاً في حق الدائن — شأنه فيه شأن المدين الذي صدرت — ويكون للنصم المرفوعة عليه الدعوى (مدين للمدين) حق التمسك به في مواجهة الدائن، إلا أن ذلك مقيد بشرط عدم قيام النقض والحوالين بين النصم والمدين للإضرار بحقوق الدائن، فو هذه الحالة يحق للدائن أن يلمن في تصرف المدين بالدعوى البولصية (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠).

- (٢) برودي وبارد ١ فترة ٦٤٠ - بلانكول وريبير ودموران ٧ فترة ٩١٩.
- (٣) بل قد يكون الواجب هو أن يرفع الدائن حجزاً مالمدين لدى الغير لا أن يرفع الدعوى غير المباشرة. وقد قست محكمة النقض بأن الدائن الذي حكم له بدينه، ويبره اقتضاه من ملحق مدينه، لا يجوز له أن يرفع مثل هذه الدعوى، بل أن يحجز على ما يكون لدينه من مال (نقد) تحت يد الغير حجزاً تشديدياً. فإذا لم يقر المحجز لدينه بالمدين شيئاً أو تعديلاً، فله أن يرفع عليه دعوى الإلزام ليحكم له بدينه تعديلاً طبقاً لما تقتضيه أحكام المادة ٤٢٩ مرقعات (٥٦٦ جديد) (نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة صر ١ رقم ٣٤٩ ص ١٠٩٥).
- (٤) نظرية السند المؤلف فترة ٧٢١ ص ٧٦٩ وحلبي رقم ١.
- (٥) فورون ١٦ فترة ٤٠٢ - أوبري ورو ٤ فترة ٣١٢ ص ١٨١ - برودي وبارد.
- فترة ٢٢٩ - بلانكول وريبير ودموران ٧ فترة ٩١٩ - ولورون ٢ ص ١٠٠ - ص ١٠١ - نظرية السند المؤلف فترة ٧٢١ ص ٧٦٩.

والمدین كذلك أن يستغنى حقه بأي سبب من أسباب استغناؤه . فله أن يستوفيه ، وله أن يقضيه بالتجديد أو بالمقاصة <sup>(١)</sup> أو بالتحاد النعمة أو بالإبراء ، سواء كان سبب الانقضاء حدث قبل رفع الدائن للدعوى أو بعد ذلك <sup>(٢)</sup> . وله أن يحول بحقه إلى محال له <sup>(٣)</sup> ، كما سبق القول .

٥٥٠ - بل لا بد من دخول المدين خصماً في المهرى غير المباشرة:

ولا يقتصر الأمر على بقاء المدین محظوظاً بحقه ، بل يجب ، أيضاً كما رأينا أن يدخل خصماً في الدعوى غير المباشرة ، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة . وقد كان مقتضى النيابة أن دخوله خصماً يكون غير ضروري ، لكن النيابة هنا لمصلحة الدائن كما قلنا ، فوجب أن يدخل المدین في الخصومة حتى يتمكن من الرقابة والدفاع عن حقه ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك <sup>(٤)</sup> .

وقد قلنا أن الدائن إذا لم يدخل المدین خصماً في الدعوى ، جاز الخصم المرفوع عليه الدعوى أن يدفع بعدم قبولها ، إلا إذا دخل المدین من تلقاء نفسه أو أدخله الخصم . ومن ثم فإن الحكم الذي يصدر في الدعوى - ودخول المدین في الخصومة ضروري كما رأينا - يكون سارياً في حق المدین ، وفي حق الدائن

(١) لوردان ١٦ فقرة ٤٠٤ - بودي وهارد ١ فقرة ٦٤٠ .

(٢) استئناف غنط ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٢٥ .

(٣) استئناف غنط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٥ .

(٤) يصرح بعض الفقهاء في فرنسا ( انظر بودي وهارد ١ فقرة ٦٣٧ وفترة ٦٤٤ - بلانول وروبير وردوان ٧ فقرة ٩٢٢ - دي طلس ١ لفظ *confession* فقرة ٣١ - فقرة ٣٢ وفترة ٣٥ ) بشأن حقول نهاية الدائن من المدین ، ويستثنون في ذلك إلى أن النيابة إنما تكون في صالح الأصل لا في صالح القالب . ولست المحجة التي يستعملونها فيها بحجة مقننة ، فلهذا لم تكن النيابة كقاعدة ملزمة في صالح الأصل دون القالب ، فليس في طبيعتها ما يمنع من أن تكون في صالح القالب دون الأصل .

وما يلاحظ في هذا الصدد أن الدعوى غير المباشرة ليست دعوى مستغلة في يد الدائن ، بل هي نفس دعوى المدین مباشرة الدائن باسمه ، ولذلك قيل لا توجد دعوى واحدة غير مباشرة ، بل توجد دعوى غير مباشرة بقدر ما للدين من الصلة ( بلانول وروبير وردوان ٧ فقرة ٨٩٥ - جورمان ٢ فقرة ٦٦٢ ) . وهذه الملاحظة من شأنها أن تزيل فكرة النيابة التي أخط بها صراحة القاضين الذين ألهجوا ( انظر نظرية عقد الوكالة فقرة ٧٢١ ص ٧٧٠ طلس رقم ٢ ) .

الذي وقع الدعوى غير المباشرة ، وفي حق سائر الدائنين من دخل ضمنهم في الخصومة ومن لم يدخل .

أما في التفتين المدعى السابق فلم يكن دخول المدين خصماً في الدعوى ضرورياً لقبولها ، فكان من الجائز أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل للمدين خصماً فيها . ولكن الحكم في هذه الحالة لا يكون سارياً في حق المدين ، ولا في حق الدائنين الذين لم يدخلوا في الخصومة<sup>(١)</sup> . فكان للمدين أن يقيم الدعوى من جديد على الخصم ، بل وكان لأي دائن لم يدخل في الدعوى أن يعيد رفعها باسم للمدين<sup>(٢)</sup> . ولما كانت هذه النتيجة غير مرغوب فيها ، فقد جرت العادة ، كما قلنا ، أن الدائن يدخل المدين خصماً في الدعوى ، وإلا أدخله الخصم أو القاضي ، أو دخل هو من تلقاء نفسه<sup>(٣)</sup> . وقد بسط التفتين الجديد هذه التعديلات ، بأن أوجب إدخال المدين خصماً في الدعوى على النحو الذي بسطناه فيها تقدم<sup>(٤)</sup> .

## المبحث الثاني

### آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الخصم

٥٥١ - عمودان أقسم بالبراءة : والخصم في علاقته بالدائن يستطيع أن يدفع الدعوى بجميع الدفوع التي كان له أن يواجه بها المدين لو أنه هو الذي رفع الدعوى<sup>(٥)</sup> . وهذا تطبيق آخر لأحكام النيابة .

(١) استكتان مخطوط ٥ يونيو ١٩٣٠ م ٤٢ م ص ٢ .

(٢) رويين من ذلك أنه إذا لم يدخل المدين خصماً في الدعوى ، فإن الحكم الذي يصدر لصالح خصميه هو ردها دون الذين لم يدخلوا في الدعوى . أما إذا صدر الحكم ضده ، فلا يكون حجة عليه لا هو ولا دائنيه المذكورين (رويان ولا جازد ٨ ققرة ١٣٠ ص ٥٥٢) .

(٣) انظر في كل ذلك نظرية العهد المؤقت ققرة ٧٢٢ ، والأحكام المشار إليها والمراجع . وانظر أيضاً ققرة ٥٣٩ .

(٤) انظر أيضاً ققرة ٥٣٩ .

(٥) تولى ٧ ققرة ٥٦٨ - ديولوج ٢٥ ققرة ١١٦ - لوران ١٦ ققرة ٤٠١ -

أوبوي دود ٤ ققرة ٣١٢ ص ٨٣ - بومدي ديلود ١ ققرة ٦٣٨ - بلانك ٥٥٦٦ -

ورويان ٧ ققرة ٩١٩

فله أن يتمسك بجميع أسباب انقضاء الدين . كالوفاء <sup>(١)</sup> والتجديد والتخاذ  
الذمة والمقاصة والإبراء والتقادم وغير ذلك . سواء كان سبب الانقضاء سابقاً  
على رفع الدعوى أو تالياً له . كما سبقت الإشارة إلى ذلك .

كذلك خصم أن يطعن في العقد الذي يتمسك به الدائن باسم مدينه بجميع  
أوجه البطلان التي كان يتمسك بها في مواجهة المدين . وله كذلك أن يتمسك  
في مواجهة الدائن بإجازة للمدين لعقد قابل للإبطال كما كان يستطيع ذلك في مواجهة  
المدين نفسه ، حتى لو كانت هذه الإجازة قد صدرت بعد رفع الدعوى ، دون  
إخلال بحق الدائن في الطعن في هذه الإجازة بالدعوى البولصية .

كذلك خصم أن يتمسك قبل الدائن بأى اتفاق بينه وبين المدين في شأن  
موضوع النزاع ، كما إذا تمسك بالاتفاق مع المدين على البقاء في الشروع لمدة  
لا تزيد على الحد القانوني في دعوى قسمة ريعها الدائن ، أو يصالح ثم مع المدين  
على الحق الذي رفع به الدائن الدعوى ، أو بعقد مستتر بينه وبين المدين يتناقص  
العقد الظاهر الذي رفع الدائن الدعوى غير المباشرة على أساسه <sup>(٢)</sup> ، أو بحجة  
الأمر للقضي <sup>(٣)</sup> .

وبوجه عام ليس للدائن الذي يقيم دعوى باسم مدينه حق أكثر مما للمدين  
نفسه <sup>(٤)</sup> . فلا يسوغ للدائن إذن أن يسلك طريقاً من طرق الإثبات ما كان  
للمدين أن يسلكه <sup>(٥)</sup> . وإذا كان الحق المرفوع به الدعوى غير المباشرة هو حق  
المشتري في أصل المبيع ولم يكن الثمن قد دفع ، فلدائن المشتري عندما يستعمل

(١) ولا حاجة لأن تكون القاطنة الصادرة من المدين ثابتة للتاريخ لتكون حجة على الدائن  
(استئناف مخطط ٣ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ - ص ٤٦٤) .

(٢) دى طلس ١ لفظ *concessions* فقرة ٢٢ .

(٣) استئناف مخطط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ٢٩٥ ص ١٧٣ - ٢٩ يناير  
سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٣ . وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة ، في عهد اثنين للمنفق  
السابق ، بأنه ليس لخصم أن يمتنع عن الدائن بموافقة صدرت من المدين ولم تصوب شرائها  
القانونية ( ١١ يونيو سنة ١٩٢١ م ٢٢ ص ٣٩١ : ولكن كان يمكن إخبار تمسك الخصم  
بالموافقة بمثابة قبول لما ) .

(٤) محكمة المنصورة المخططة الجزئية ٤ فبراير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ١٩٦ ص ٨٤ .

(٥) استئناف مخطط ١٥ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٢ ص ٢١٧ - محكمة أسبوط لتكليف  
استئناف ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٠٧ المبرورة الرسمية ٩ رقم ١٤ ص ١٤١ .

هذا الحق يجوز أن يواجهه البائع بوجوب دفع الثمن (١) .

ولكن ليس الخصم أن يدفع دعوى الدائن بدفع خاصة بشخص هذا الدائن ، كوقوع مقاصة بين الخصم والدائن شخصياً ، لأن الدائن إنما يتوب عن المدين فلا يتمسك قبله إلا بما يتمسك به قبل المدين (٢) .

والخصم - والمدين لا بد أن يكون قد أدخل خصماً في الدعوى كما تقدم القول - أن يقيم في مواجهة المدين دعوى من دعاوى المدعى عليه . وكان لا يستطيع ذلك في عهد التقنين المدني السابق لو أن المدين لم يدخل خصماً في الدعوى ، لأن الخصم كان عندئذ لا يجد أمامه إلا الدائن يقيم في مواجهته دعوى المدعى عليه ، والدائن إذا كان يستطيع أن يكون مدعياً باسم مدينه فهو لا يستطيع أن يكون مدعى عليه باسم هذا المدين (٣) .

**٥٥٢ - معونة الخصم بالمدين :** أما علاقة الخصم بالمدين فتبقى هي العلاقة الأصلية ، علاقة مدين بدائن . والخصم أن يني دينة للمدين ويكون الوفاء صحيحاً كما قلنا ، وله أن يصطلح عليه معه ، وأن يجلده ، وما إلى ذلك مما سبقت الإشارة إليه .

(١) استئناف مخطوط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٧ .

(٢) ديولوب ٢٥ فقرة ١١٧ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٢ - بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة ٩١٩ . ولكن يجوز الخصم أن يوفي الدائن الدائن الذي له في ذمة المدين ، ويكون الوفاء صحيحاً في هذه الحالة ، وبذلك ترتفع من الدائن صفته ، ولا يصطح أن يسعر في مباشرة الدعوى إذ لم تعد له مصلحة في ذلك ( لوران ١٦ فقرة ٤٠٦ - لاروجير ٢ م ١١٦٦ فقرة ٣٣ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٣ - بلانيول وريير وديولوب ٢ فقرة ١٤٠٥ ) . وبفضل الخصم ذلك إذا كان الدائن الثابت في ذمة أكبر من الدائن الثابت في ذمة المدين ( بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة ٩٢١ ) . وإذا كان الخصم دين في ذمة الدائن يعادل الدين الذي للدائن في ذمة المدين ، فلا يصطح الخصم إجراء المقاصة كما قلنا لأن المحتجين خير مضايقين ، ولكنه يستطيع الاتفاق مع الدائن على أن يزيل له من الدين الذي له في ذمة وفاء الدين الذي في ذمة المدين للدائن ، فيصبح للدائن به أن استوفى حقه لا مصلحة له في أن يسعر في مباشرة الدعوى على النحو الذي قلنا . ثم يرجع الخصم على المدين بما وفاء من دينه ، وله حيلة أن يجري مقاصة بين ما وفاء من أجله وما هو في ذمة له .

(٣) لوران ١٦ فقرة ٤٠٤ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦١٤ - بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة ٩٢٠ - نظرية عقد المرافقة فقرة ٧٢٣ حاشي ٢ .

## المبحث الثالث

### آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الدائن

٥٥٣ - لا يستأثر الرائن وعده بفتية الدعوى: والدائن الذى يستعمل الحق باسم مدينه هو نائب عنه كما قلنا . ويترتب على ذلك أن الحكم الذى يصدر فى الدعوى ضد الخصم إنما يصدر لصالح المدين لصالح الدائن ، والمدين وحده هو الذى يفيد مباشرة منه . ويترتب على ذلك أيضاً أن الدائن يطالب الخصم فى الدعوى غير المباشرة بمقدار الحق الثابت فى ذمة الخصم للمدين ، لا بمقدار الحق الثابت فى ذمة المدين للدائن ، سواء كان المقدار الأول أقل من الثانى أو أكثر <sup>(١)</sup> . ويترتب على ذلك أخيراً أن ماحكم به للمدين يدخل فى أموال المدين فينتدج ضمن الضمان العام للدائنين ، يفيد منه جميع الدائنين ، سواء من دخل منهم خصماً فى الدعوى ومن لم يدخل ، ولا يستأثر به الدائن الذى رفع الدعوى أو الدائنون الذين دخلوا فى الخصومة . وهذا ما نصت عليه صراحة للمادة ٢٣٦ إذ تقول : وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال للمدين ، وتكون ضماناً لجميع دائنيه <sup>(٢)</sup> .

٥٥٤ - تراحم المراثين : وينبى على أن الحق المحكوم به للمدين يكون ضماناً عاماً لكل الدائنين ، أن هؤلاء أن ينفذوا عليه جميعاً فيقسموه فيما بينهم قسمة هرماء <sup>(٣)</sup> . بل إنه إذا كان لأحد من هؤلاء الدائنين - ولو لم يكن الدائن

(١) على أن الخصم إذا رأى أن ما فى ذمة المدين للمائن أقل مما فى ذمته هو للمدين فإنه يستطيع أن ينفذ المائن حقه ، فينبى الدعوى بملك على التحوالى فتستأه (لوران ١٦ فقرة ٥٠٦ - بلاكبول وميجر ورومان ٧ فقرة ٩٢١ - ولترون ٢ ص ١٠١) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٦٠٤ و ص ٦١١ .

(٣) استئناف مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٨ - ٥ - يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ - ١٥ - يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٦ - ١٥ - يونيو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٦٣ - ولترون ٢ ص ٩٩ - ١٠٠ - نظرية القصد المؤلف فقرة ٧٢٥ ص ٧٧٤ هامش رقم ٢ .



الذى رفع الدعوى على الحق المحكوم به ما يحمله بتقديم فيه حل سائر الدائنين ؛ كما إذا كان له دهن أو امتياز ، فإنه يتقاضى حقه قبل الجميع (١) .

على أنه يلاحظ أن نزاع الدائنين إنما يكون إذا تقدموا جميعاً في الوقت المناسب . أما إذا لم يقدم أحد منهم حتى حكم في الدعوى غير المباشرة ، وانتهى الدائن الذى رفع الدعوى من إجراءات التنفيذ بحقه ، فإنه يستقل بما حصل عليه ولا يشترك الباقى معه فيه (٢) . أما إذا مات المدين فتركته مسئولة عن ديونه جميعاً ، ولا يجوز لأحد من الدائنين ، إذا عين للتركة مصرف ، أن يساقب الباقى ويسبق الى استيفاء حقه قبل الآخرين ، حتى لو كان هو الدائن الذى رفع الدعوى غير المباشرة (٣) .

لذلك كثيراً ما يحتاط الدائن عند رفع الدعوى باسم المدين ، فيتخذ الى جانب إجراءات رفع الدعوى إجراءات أخرى تكفل له الاستيلاء على ما يحكم به ضد الخصم والتنفيذ عليه بحقه . وفى هذا يقوم الدائن بمسئلتين متميزتين أحدهما عن الآخر: رفع الدعوى غير المباشرة باسم مدينه وهذا لا يقتضى أكثر من أن يكون حقه خالياً من النزاع كما تقدم القول ، ثم اتخاذ إجراءات ضد المدين نفسه بعد أن يدخله في الدعوى . وهذه الاجراءات اما أن يريد بها المطالبة بحقه وفى هذه الحالة يمكن أن يكون هذا الحق مستحق الأداء ، واما أن يريد بها التنفيذ وفى

(١) لوران ١٦ فقرة ٤٠٧ - بودرى وهارد ١ فقرة ٦٤٤ - بلانويك وريير ودهوان ٧ فقرة ٩٢٣ .

(٢) استئناف مخطط ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٠ — ١١ يولييه سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٣٩١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦ — ٥ يولييه سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١ — ١٥ يولييه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣١٢ ص ١٨٤ - بلانويك وريير ودهوان ٧ فقرة ٩٢٣ .

ذلك أن الدعوى غير المباشرة — كالدعوى البروصية ودعوى الصورية — لا تخط فيها إجراءات جماعة باسم جميع الدائنين كما هي الحال في الإفلاس التجارى . أما في القانون الرومانى فقد كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى البروصية يباشرهما نائب عن جميع الدائنين (magister, curator bonorum) ، وكانت تدخلون ضمن الإجراءات التى تتبع لصفية أموال المدين المفلس ، ولم يكن القانون الرومانى يميز بين الإفلاس التجارى والإفلاس للمفلس (لا يه) في المجلد الانتظامي سنة ١٨٥٦ المجلد التاسع ص ٢٠٨) .

(٣) استئناف مخطط ٥ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٨٦ — ٦ يولييه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٠١ .

هذه الحالة يجب أن يكون الحق ثابتاً في سند قابل للتنفيذ . واتخاذ إجراءات التنفيذ في وقت رفع الدعوى غير المباشرة يكفل للدائن أن يستولى لنفسه على ما يحكم به ليستوفى حقه ، فيأمن بذلك إلى حد كبير مبادرة المدين إلى التصرف في حقه قبل أن يتخذ عليه الدائن . ولكن هذا لا يمنع بقية الدائنين من الدخول في الدعوى ، أو من الاشتراك في إجراءات التنفيذ ، فيقسم الحق بينهم جميعاً قسمة غرامه (١) .

## الفرع الثالث

### الدعوى المباشرة\*

(Action directe)

٥٥٥ — **مطلب الدعوى المباشرة :** رأينا فيما قلناه عن الدعوى غير المباشرة ندوة هذه الدعوى في العمل وقلة فالتفتها للدائن الذي يباشرها . ويرجع ذلك بنوع خاص الى تراحم الدائنين مع الدائن الذي رفع الدعوى . ولهذا يعمد للشرح ، في بعض الحالات التي يرى فيها أن يولى الدائن حماية خاصة ، الى أن يجعل لهذا الدائن — الى جانب الدعوى غير المباشرة التي يشترك في فالتفتها معه سائر الدائنين — دعوى مباشرة (action directe) قبل مدعى المدين . ويستأثر الدائن ، بفضل هذه الدعوى المباشرة ، بالحق الذي لمدينه في ذمة مدين المدين ، ويصبح بمثابة دائن له امتياز على هذا الحق يتقدم بمقتضاه على سائر الدائنين

(١) ديولوب ٢٥ فقرة ١٣٢ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٤٥ مكررة — بلاهيول وريجر وروغان ٧ فقرة ٩٢٤ .

\* مراجع : سرجان (Sergent) في الدعوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ — سولس (Solus) في الدعوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — دبريه (Debray) حقوق الإيجاز حل المهرن والدعوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ — بينيه (Binny) الدعوى المباشرة رسالة من باريس سنة ١٩٣٤ — روبينو (Robino) في حقوق الامتياز وأسباب التقدم الأخرى حل المهرن رسالة من بورده سنة ١٩٥٠ — ديموج ٧ فقرة ٩٨٩ — فقرة ١٠١٨ — فلاي (Flaury) في العقود لحساب الغير باريس سنة ١٩٥٠ فقرة ١٣٤ — فقرة ١٤٤ — بيدان وفيران (Bédant et Viorin) ١٢ فقرة ٢٥٧ — فقرة ٢٦٣ .

ليستوفى منه حقه<sup>(١)</sup> . ونرى من ذلك ما بين الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة من تقابل يجعل على معالجة الثانية عقب الأولى ، وهذا ما فعلناه في كتاب نظرية العقد<sup>(٢)</sup> ، ونفعله الآن هنا ، وفعله قبلنا بعض الفقهاء<sup>(٣)</sup>.

على أن الدعوى المباشرة تعتبر من ناحيته أخرى ، وفي الصور التي يكون فيها حق المدين في ذمة مدين المدين ناشئاً عن عقد ، وخروجاً على القواعد العامة التي تقضي بأن العقد لا يكون سارياً إلا في حق أطرافه ، فلا يمتد أثره إلى الغير . ذلك أن العقد الذي أنشأ حقاً للمدين في ذمة مدين المدين يجعل لدائن المدين سيلاً مباشراً إلى هذا الحق دون أن يكون هذا الدائن طرفاً في العقد . مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٩٦ مدني من أنه « يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمة المستأجر الأصل وقت أن ينلته المؤجر » . فهذا عقد إيجار من الباطن أنشأ لأحد طرفيه ، وهو المستأجر الأصل ، حقاً في ذمة الطرف الآخر ، وهو المستأجر من الباطن . أما المؤجر فهو ليس طرفاً في عقد الإيجار من الباطن ، وكان ينبغي ألا يسرى هذا العقد في حقه . ومع ذلك فإن النص المتقدم الذكر يجعل للمؤجر دعوى مباشرة يطالب بمقتضاها المستأجر من الباطن بالحق الذي أنشأه في ذمة لمصلحة المستأجر الأصل عقد لم يكن المؤجر طرفاً فيه وهو عقد الإيجار من الباطن . ومن ثم يطالب بعض الفقهاء<sup>(٤)</sup> الدعوى المباشرة كاستثناء للقاعدة التي تقضي بانتصار أثر العقد

(١) دى باج ٢ فقرة ٧١٦ — هذا وقد يتصور فرق بين حق امتياز والدعوى المباشرة : فلو اجتمع الدائن ، أحدهما له دعوى مباشرة لا حق امتياز ، ورفع الثاني الدعوى غير المباشرة وحكم له حل مدين المدين ووفى هذا المدين بما في ذمته ، فإن صاحب الدعوى المباشرة لا يملك في هذه الحالة إلا أن يشترك مع الدائن الآخر فيقتسما الحق بينهما قسمة فرما ، وهذا يختلف ما إذا كان الدائن حق امتياز بدلاً من الدعوى المباشرة فإنه في هذه الحالة يتقدم على الدائن الآخر . والأفضل للدائن ، إذا لم تكن له إلا دعوى مباشرة ، ولم يكن له حق امتياز ، أن يدخل حصاً في الدعوى غير المباشرة التي رفعها الدائن الآخر ، ويطلب من مدين المدين أن يفي له بالمدين مباشرة ، ليستظل به دون سائر الدائنين (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٦ ص ٧٧٥ هامش رقم ٢) . (٢) وإن كنا قد أوردنا الدعويين ، في كتاب نظرية العقد ، مع الدعوى البرلمانية ودعوى الضرورية في سعد الكلام في أثر العقد بالنسبة إلى الأشخاص .

(٣) انظر مجموع ٧ فقرة ٩٨٩ وما بعدها — جوسران ٢ فقرة ٦٧٣ .

(٤) انظر دى باج ٢ فقرة ٧١٣ — الأستاذ حلي يجهت بدوى في نظرية العقد فقرة ٢٦١ . ويرى الأستاذان إسحاق غام وشمس الدين التوكيل أن المكان الطبيعي لدراسة الدعوى المباشرة =

على طرفيه ، وهذا أيضاً وضع منطقي سليم .

ولما كانت الدعوى المباشرة إنما تنقرو ، كما سنرى ، بنص تشريعي خاص ، شأنها في ذلك شأن حق الامتياز ، فإن التقنين المدني المصري ، الجديد والقديم ، والتقنينات المدنية العربية الأخرى لم تعرض لهذه الدعوى بنص عام ، مقتصر على الحالات التي قررتها فيها بنصوص خاصة ، وذلك فيما عدا تقنين الموجبات والمقود البناني فإنه أورد نصاً عاماً في الدعوى المباشرة عقب النص الذي أورده في الدعوى غير المباشرة ، هو المادة ٢٧٧ وتجري على الوجه الآتي : « يكون الأمر على خلاف ما تقدم ( أى لا تكون نتيجة الدعوى مشتركة بين جميع الدائنين ) إذا كان القسانون يمنح الدائنين على وجه استثنائي حق إقامة الدعوى المباشرة ، فإن نتائجها تعود إلى المدعى دون سواه ، ولا يلزمه أن يقسم الربح بينه وبين سائر الدائنين . على أن هذه المعادلة لا يمكن إجراؤها إلا إذا كانت مقررة بنص صريح يفسر بمعناه المصور (١) » .

وستورد الحالات التي نص المشرع في التقنين المدني المصري الجديد على أن الدائن يكون له فيها دعوى مباشرة ضد مدين المدين ، ثم نبحت الأساس القانوني والصورة التي للدعوى المباشرة .

## المبحث الأول

### حالات الدعوى المباشرة في التقنين المدني المصري

٥٥٦ - المؤجر مع المستأجر من الباطن : تنص المادة ٥٩٦ من التقنين

المدني المصري على ما يأتي :

١ - يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون

---

= تفصيلاً يكون منه دراسة نظرية التأمينات (الأستاذ اساميل خان) في أحكام الالتزام ص ١٣٥ هامش رقم (١) .

(١) انظر في ذلك الدكتور صبحي المحمصاني في أحكام الالتزام في القسانون المدني اللبناني ص ٥٩ - ص ٦٠ .

تأجراً في ذمة المستأجر الأصلي وقت أن ينلوه المؤجر .

٢ - ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتسلك قبل المؤجر بما يكون قد جعله من الأجرة للمستأجر الأصلي ، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وفقاً للعرف أو لإتفاق ثابت ثم وقت الإيجار من الباطن (١) .

ويتبين من هذا النص أن المؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن ، يستطيع بموجبها أن يطالبه بالأجرة ويغير ذلك من الالتزامات التي أنشأها عقد الإيجار من الباطن في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي ، كالتعويض عن الحريق وعن التلف ونحو ذلك . والمقدار الذي يطلب به المؤجر المستأجر من الباطن هو المقدار الذي في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي وقت أن ينلر المؤجر المستأجر من الباطن أن يدفع له هذا المقدار (٢) ، وليس المقدار الذي في ذمة المستأجر الأصلي للمؤجر ، إلا إذا كان هذا المقدار الثاني أقل من المقدار الأول فتكون العبرة بالمقدار الأقل .

ولو لا هذا النص لما جاز أن يكون المؤجر هذه الدعوى المباشرة ضد المستأجر من الباطن ، ولما استطاع المؤجر أن يرجع على المستأجر من الباطن إلا بالدعوى غير المباشرة ، ولزاحمه في نتيجة هذه الدعوى سائر دائي المستأجر

(١). ليس الغرض من إيراد النص في تشيئة الدعوى المباشرة شرح هذه النصوص ، فهذا الشرح مكانه في المسود التي تقررت فيها هذه الدعوى . ونقتصر هنا على استخلاص المقومات الرئيسية للدعوى المباشرة. كما وردت في هذه النصوص — هذا ويوجد في التقنينات المدنية العربية الأخرى نصوص ، كنص المادة ٥٩٦ مصري ، تجمل للمؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن : في التقنين المدني السوري المادة ٥٦٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٧٧٦ فقرة ثانية ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٥٩٥ ، وفي تقنين الموجبات والنفوذ البناني المادتان ٥٨٧ - ٥٨٨ .

(٢). ولا يمت — كما يقول النص — بالأجرة التي جعلها المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي من مدة انتفاع مستقبلية ، إلا إذا كان تمجيل الأجرة قد تم قبل الإنذار وكان متفقاً مع العرف أو مع اتفاق ثابت بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن ثم وقت عقد الإيجار من الباطن . ويترتب على ذلك أنه إذا جعل المستأجر من الباطن الأجرة للمستأجر الأصلي بعد الإنذار ، فلا يكون هذا التصجيل نافذاً في حق المؤجر حتى لو كان متفقاً مع العرف أو مع اتفاق ثابت . أما إذا جعل الأجرة قبل الإنذار ، فإن هذا التصجيل يكون نافذاً في حق المؤجر بشرط أن يكون متفقاً مع العرف أو مع اتفاق ثابت .

الأصل<sup>(١)</sup> . ويترب على قيام دعوى مباشرة للمؤجر ضد المستأجر من الباطن أن المؤجر أن يحجز بحقه حيز ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المستأجر من الباطن ، أى تحت يد مدين مدين مدينه ، ولم يكن يستطيع ذلك لو لم تكن له دعوى مباشرة يجعل المستأجر مع الباطن مديناً له مباشرة ، فيكون مدين المستأجر من الباطن مديناً لمدينه ، فيصح الحجز تحت يده<sup>(٢)</sup> .

#### ٥٥٧- المقاول من الباطن والعمل مع رب العمل : وتنص المادة ٦٦٢

من القانون المدني المصري على ما يأتي :

١- يكون للمقاولين من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصل وقت رفع الدعوى . ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصل ورب العمل .

٢- ولم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصل امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصل أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز . ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه . ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة .

٣- وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول من دينه قبل رب العمل<sup>(٣)</sup> .

ويتبين من هذا النص أن المقدم مابين المقاول ورب العمل ينشأه دعوى مباشرة لعمال المقاول والمقاولين من الباطن ضد رب العمل . بطالبون بموجبها رب العمل بما في ذمته للمقاول وقت رفع الدعوى المباشرة . إلا إذا كان لهم

---

(١) وقد كان التقنين المدني السابق لا يحوى حل نص مقابل المادة ٥٩٦ من التقنين المدني الجديد ، ومن ثم لم يكن للمؤجر ضد المستأجر من الباطن إلا الدعوى غير المباشرة (انظر حقه الإيجار المؤلف بقرة ٤٢٣ - نظرية العهد المؤلف بقرة ٧٢٦ ص ٧٧٦).

(٢) ديموج ٧ بقرة ٩٩٣ .

(٣) وهذه الدعوى المباشرة وحق الامتياز هما مقرران أيضاً في التقنين المدني السوري (م ١٦٨)، وفي التقنين المدني العراقي (م ٨٨٣) ، وفي التقنين المدني الليبي (م ١٦٠)، وفي تقنين المرجبات والمفرد اللبناني (م ١٧٨) .

في فمة المقاول أقل من هذا القدار فيطالبون رب العمل بما لم في فمة المقاول  
قط . ولما كانت الدعوى المباشرة هنا قد أضيفت للدائنين متعددين ، فإن كلا  
منهم يتقاضى من مدين مدينه ، وهو رب العمل ، بنسبة ماله من حق إذا لم يكن  
دين رب العمل للمقاول يتبع لوفاء بحقوقهم جميعاً كاملة .

كذلك لعمال المقاولين من الواطن دعوى مباشرة على النحو المتقدم ، ضد  
المقاول الأصلي وهو مدين مدينهم ، بل وضد رب العمل وهو مدين مدين مدينهم .  
ولغولاء الدائنين جميعاً - عمال المقاول الأصلي وعمال المقاول من الباطن  
والمقاولين من الباطن - إلى جانب الدعوى المباشرة حق امتياز على المبالغ المستحقة  
للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز منهم تحت يد  
رب العمل أو تحت يد المقاول الأصلي ، كل منهم بنسبة حقه . ويتقدمون بفضل  
هذا الامتياز على جميع دائي المدين المحجوز عليه ، بل ويتقدمون بفضل هذا  
الامتياز أيضاً على من تنازل له المدين المحجوز عليه عن حقه قبل المحجوز لديه  
ولو كان هذا التنازل سابقاً على الحجز .

فهنا قد أنشأ النص دعوى مباشرة للدائنين ضد مدين مدينه ، بل وضد مدين  
مدين مدينه في بعض الصور ، ودعم هذه الدعوى المباشرة بحق امتياز (١) .

### ٥٥٨ - الوكيل مع نائب الوكيل : وتنص المادة ٧٠٨ من القانون المدني

على ما يأتي :

١ - إذا أتاب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له  
في ذلك ، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ،  
ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية .

(١) والمادة ٦٦٢ من القانون المدني المصري أوسع نطاقاً من نظيرتها المادة ١٧٩٨ من  
القانون المدني الفرنسي من وجهه عدة : (٦) الدعوى المباشرة في القانون المصري أعطيت لعمال  
الحجز بل أيضاً للمقاولين من الباطن ، ولم تعط في القانون الفرنسي إلا لعمال . (ب) يدعم حق  
الامتياز الدعوى المباشرة في القانون المصري ، وليس هناك حق امتياز في القانون الفرنسي .  
(ج) نص القانون المصري على تقدم العمال والمقاولين من الباطن على من تنازل له المدين عن حقه ،  
وفي القانون الفرنسي يتقدم المتنازل له إذا كان هو الأسبق ويكون المتنازل تالياً في حق العمال .  
(ظفر في المادة ١٧٩٨ من القانون المدني الفرنسي ديموج ٧ فقرة ٩٩٥) .

٢ - أما إذا رخص الوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب ، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن خطأ في اختيار نائبه أو عن خطأ فيها أصدر له من تعليمات .

٣ - ويجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر <sup>(١)</sup> .

ويتبين من هذا النص أن عقد الوكالة من الباطن ما بين الوكيل ونائبه ينشئ دعوى مباشرة للموكل ضد نائب الوكيل ولنائب الوكيل ضد الموكل .

وفي الصورة التي يرخص فيها الموكل الوكيل في إقامة نائب عنه يمكن القول أن نائب الوكيل ، بفضل قواعد الوكالة المستخلصة من هذا الترخيص ، يصبح مباشرة وكيلاً للموكل ، فلا حاجة لنا هنا بنص ينشئ الدعوى المباشرة . على أنه حتى في هذه الصورة ، إذا أقام الوكيل نائباً عنه دون أن يجزئه بعقد الوكالة الصادر له هو من موكله ، فإن قواعد التسخير (الإسم المستعار *prêt-nom*) هي التي تسري في هذه الحالة ، ولا تسمح هذه القواعد بقيام علاقة مباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل ، فيكون نص المادة ٧٠٨ ضرورياً لإيجاد هذه العلاقة المباشرة في صورة الدعوى المباشرة .

أما إذا لم يرخص الموكل للوكيل في إقامة نائب عنه ، ومع ذلك أقام الوكيل نائباً ، فقواعد الوكالة وحدها لا تسمح بقيام علاقة مباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل لولا نص المادة ٧٠٨ .

لذلك يكون نص المادة ٧٠٨ قد أنشأ فعلاً دعوى مباشرة في الحالتين عرض لها ، وعلى النحو الذي بسطناه . ولولا هذا النص لما أمكن قيام الدعوى

---

(١) ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري للمادة ٦٧٤ وفي مطابقة . وفي التقنين المدني العراقي المادة ٩٢٩ ، وتجري على الوجه الآتي : « ليس للوكيل أن يوكل غيره ، إلا أن يكون قد أذن له الموكل في ذلك أو فوض الأمر لرأيه . ويجوز للوكيل التفويض وكذا عن الموكل ، فلا ينزل بمنزل الوكيل الأول ولا يبرئه » ، فالدعوى المباشرة هنا تقوم على قواعد الوكالة . وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٠٨ وفي مطابقة . وفي تقنين الموجهات والقواعد المدنية المادة ٧٨٤ ، وتجري على الوجه الآتي : « في جميع الأحوال يكون نائب الوكيل مسئولاً عنه الموكل مباشرة كالوكيل نفسه ، وتكون له حقوق الوكيل نفسها » ، وطه هي الدعوى المباشرة ما بين الموكل ونائب الوكيل .



المباشرة ، ولا كانت تراعى الوكالة وحملها كافية في ذلك (١).

والدعوى المباشرة تقوم ما بين الموكل ونائب الوكيل كما قلنا . فيستطيع الموكل بفضلها أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل بجميع حقوق الموكل ، بل ويكون الوكيل الأضلى متضامناً مع نائبه في المسؤولية . وكذلك يستطيع نائب الوكيل أن يرجع مباشرة على الموكل بجميع حقوق الوكيل . ولا يكتفى أى منهما بالدعوى غير المباشرة التى كان يقتصر عليها - فيتحمل مزاحمة دائئى مدنيه لو لم يوجد نص المادة ٧٠٨ .

**٥٥٩ - المضرور مع شركة التأمين :** وهناك أخيراً حالة للدعوى المباشرة تدرجت فيها التشريعات الخاصة ، وهى حالة رجوع المضرور في حادث بدعوى مباشرة على شركة التأمين التى أمنت المسئول عن هذا الحادث . فمن الواضح أن المضرور في الحادث يرجع على المسئول بالتعويض عن الضرر الذى أصابه ، ويرجع المسئول على شركة التأمين التى أمنت مسئولية . أما أن يرجع المضرور بدعوى مباشرة على شركة التأمين فهذا ما لا بد فيه من نص .

وقد كفل في فرنسا قانون ١٩ فبراير سنة ١٨٨٩ لمالك العين المؤجرة والحيوان المستأجر أن يستوفوا التعويض ، عند احتراق العين المؤجرة ، من مبلغ التأمين على الحريق . ثم كفل قانون ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ ( ويكمله قانون ٣١ مارس سنة ١٩٠٥ ) للعامل المضرور في حادث من حوادث العمل أن يرجع بدعوى مباشرة على شركة التأمين التى أمنت مسئولية رب العمل . ثم أنشأ قانون ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ حق امتياز للمضرور في أى حادث على مبلغ التأمين الذى اشترطه المسئول في التأمين على مسئولية . وانتهى الأمر في فرنسا إلى تعميم الدعوى المباشرة ، فقصت المادة ٥٣ من قانون ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ باعطاء الدعوى المباشرة لكل مضرور في حادث ضد شركة التأمين التى أمنت المسئول .

أما في مصر فقد كان المشروع التمهيدى لتقنين اللقى الجديد ينص في المادة ٨٣٢ منه على أنه لا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المصاب مبلغ التأمين المتفق عليه كله أو بعضه ، ما دام المصاب لم يعرض بما لا يجاوز هذا المبلغ عن الأضرار التى

---

(١) انظر غلايه في العقود لحساب الغير فقرة ١٢٩ - وقارن الاستاذ حلى بجيت بدوى في نظرية العقد فقرة ٢٦١ ص ٣٧٥ .

نشأت عنها مسئولية المؤمن له، فكان هذا النص يجعل للمضروب دعوى مباشرة قبل شركة التأمين، فيتقاضى منها في حدود مبلغ التأمين التعويض المستحق له، دون أن يزاحمه في ذلك دائر المسئول. ولكن هذا النص قد حذف، وترك الأمر فيه لتشريع خاص يصدر فيها بعد. وحتى يصدر هذا التشريع متضمنا النص المحذوف، لا يمكن القول بأن المضروب دعوى مباشرة قبل شركة التأمين، ولا يرجع المضروب على الشركة إلا بطريق الدعوى غير المباشرة، وذلك بأن يستعمل دعوى مذنبه المسئول وفي هذه الحالة يزاحمه دائره (١).

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المضروب في حادث يستطيع الرجوع مباشرة على شركة التأمين، ولا تستطيع الشركة أن تدفع دعوى المضروب إلا فيما يجاوز مبلغ التأمين المتفق عليه، طبقا للحدود المرسومة لمسئوليتها (٢). والقول بأن المضروب أن يرجع مباشرة على شركة التأمين دون نص تشريعي لا يمكن تبرجه، وفقاً للقواعد العامة، إلا عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير، فيقال إن المسئول عندما تعاقده مع شركة التأمين اشترط مبلغ التأمين لمصلحة المضروب، فصار للمضروب حق مباشر - لدعوى مباشرة (٣) - قبل الشركة. ويجب الرجوع في ذلك إلى وثيقة التأمين، لينظر هل يمكن أن يستخلص من نصوصها هذا الاشتراط (٤).

على أن هناك حالة في مصر ورد فيها تشريع خاص ينشئ الدعوى المباشرة. فقد قضى قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن اصابات العمل (وقد حل محل القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) بأن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفي أثناء تأديته الحق في الحصول من صاحب العمل على تعويض مقرر في القانون بحسب جسامته

(١) انظر الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٥٧.

(٢) استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٧ - وانظر أيضاً : استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٧ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٥ - عكس ذلك : استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩. وانظر الأستاذ حلي حيث يدعي في نظرية الفقه فقرة ٢٦٠ ص ٣٧٢.

(٣) وسرى أن الحق المباشر يستفيع في الاشتراط لمصلحة الغير ليس هو الدعوى المباشرة.

(٤) استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٩ ص ٣٧٦ - الوسيط الجزء الأول فقرة ٦٥٧ ص ٩٨٤ حاشي رقم ٢.

الإصابة، وإذا كان صاحب العمل مؤمناً على حوادث العمل (وقد فرض القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢ التأمين الإجبارى على أصحاب الأعمال)، جاز للممثل أن يطالب بحقوقه رب العمل وشركة التأمين معا متضامنين . فهذا التشريع قد جعل للممثل دعوى مباشرة يرجع بها حل شركة التأمين . وإذا دفعت الشركة قيمة التعويض ، فاتها محل محل صاحب العمل في حقوقه قبل المشغول عن الحادث .

٥٦٠ - حالت تتجسّى خطأ بالدعوى المباشرة : وهناك حالات يقال فيها عادة ان للدائن دعوى مباشرة ، والصحيح أن هذه الدعوى ليست بالدعوى المباشرة التي نعنيها هنا ، بل هي دعوى تقوم على أساس من القواعد العامة فلا تحتاج إلى نص خاص .

من ذلك انتقال دعوى السلف إلى الخلف الخاص كما في رجوع مشتري الأرض بضمين الاستحقاق مباشرة على البائع لباقيه ، وكما في رجوع مشتري البناء مباشرة على المهنّس أو المقاول الذي تعاقد مع بائع البناء . ففي مثل هذه الأحوال يكون الرجوع لا بمقتضى دعوى مباشرة لم يرد في شأنها نص خاص ، بل ان دعوى السلف - بائع الأرض أو بائع البناء - قد انتقلت إلى الخلف - مشتري الأرض أو مشتري البناء - فرجع بها على مدين السلف . وآية ذلك أن هذه الدعوى ، بعد انتقالها إلى الخلف ، لم تعد في متناول السلف (١) . وذلك بخلاف الدعوى المباشرة ، فهي تكون للدائن قبل مدين المدين ، مع بقاء دعوى المدين قبل مدين المدين .

كذلك إذا رجع من تعاقد مع النائب على الأصل مباشرة ، فلا يرجع بالدعوى المباشرة ، ولكن بدعوى العقد ذاته الذي قام مع الأصل مباشرة ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض ، تأليفاً لهذا المعنى ، بأن المشتري من مشتري لم يسجل عقده لا يستطيع أن يكلف البائع الأصل بالتوقيع له هو على عقد بيع صلح لتسجيل إذ هو لم يصاحبه منه ، بل كل ماله - حتى لو قيل بوجود حق مباشر له قبله - هو أن يطلب منه التوقيع على عقد بيع صلح لتسجيل لمن اشترى منه (نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ بمجموعة أحكام النقض ، رقم ١٢٩ ص ٨٨٠) . فالدعوى التي للمشتري من المشتري قبل البائع هي نفس الدعوى التي كانت للمشتري قبل البائع ، وقد انتقلت من المشتري إلى خلفه الخاص أي إلى المشتري من المشتري .

بعد أن اخفى شخص الثالب وفقاً لقواعد النيابة المعروفة .

ويرجع المتضغ في الاشتراط لمصلحة الغير على المتعهد بحق مباشر استعمله من العقد ، وليس رجوعه بالدعوى المباشرة ، ولكن بمقتضى هذا الحق المباشر الذى أنشأه عقد الاشتراط .

ويرجع المؤجر والمتنازل له عن الإيجار كل منهما على الآخر رجوعاً مباشراً ، وليس هذا الرجوع بالدعوى المباشرة ، ولكن التنازل عن الإيجار جعل كلا من المؤجر والمتنازل له عن الإيجار مدبناً مباشرة للآخر ، فأصبحت دعوى كل منهما ضد الآخر هى دعوى المدين ضد مدينه لا ضد مدين مدينه<sup>(١)</sup>.

## المبحث الثانى

### الأساس القانونى والتصوير الفنى للدعوى المباشرة

٥٦١ - الدعوى المباشرة لا تزال في طريق التطور : ويتبين مما تقدم أننا في شأن الدعوى المباشرة لا زال أمام حالات خاصة وردت فيها نصوص تشريعية متناثرة تنشئ هذه الدعوى . ويستخلص من ذلك أن الدعوى المباشرة ، كحق الامتياز ، لا تنقرر إلا بنص خاص؛ ولم توجد بعد قواعد عامة ترد إليها . ولا تزال النظرية العامة للدعوى المباشرة حتى اليوم في دور التكوين ، ولم تبلغ غايتها من التطور . وفي هذا المعنى يقول غلايه : « لا تزال من الدعوى المباشرة في مرحلة من التطور تتجمع فيها الاستثناءات تجمعا لا يخلو من عدم التناسق . وفي القانون الرومانى يوجد أكثر من مثال لنظم قانونية استخلصت مما قد تجمع من الاستثناءات . فنظرية النيابة ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، كل منهما قد تم تكوينه على هذه الوتيرة . وقد كثر في الوقت الحاضر عدد الدعاوى المباشرة إلى حد يسمح بالقول إن هناك اتجاهها باوذاً إلى جعل العقد ينتج آثاره في حق غير المتعاقدين . وقد سلم تسليماً نهائياً بكل من نظرية النيابة

(١) انظر في بعض هذه الحالات المثقة فيها الأستاذ حلى هجيت بدوى في نظرية العقد

ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير . وتبقى الآن الدعوى المباشرة مستنداً تتبع منه نظرية جنيبة ، تأتي لتأخذ مكانها إلى جانب هاتين النظريتين <sup>(١)</sup> .

### ٥٦٢ - الأساس القانوني للدعوى المباشرة : بدأ لايه (Laihe)

في مقاله المعروف في مجلة الانتقادية <sup>(٢)</sup> بإقامة الدعوى المباشرة على فكرة حق الامتياز . فالدائن الذي تثبت له دعوى مباشرة ضد مدین مدینه هو شخص قد أوجد لمدینه حقاً في ذمة مدین المدین ، بسبب منفعة قلّمها أو بسبب خسارة تحملها ، فوجب إذن أن يكون له امتياز على هذا الحق الذي وجد بفعله . فالمؤجر قدّم منفعة العين المؤجرة للمستأجر ، وبفضل هذه المنفعة أصبح المستأجر دائئاً بالأجرة للمستأجر من الباطن ، ومن ثم يكون للمؤجر حق امتياز على هذه الأجرة ، إذ المنفعة التي قلّمها كانت السبب في وجود هذا الحق . والمضروور في حادث تحمل خسارة كانت هي السبب في وجود حق المستول قبل شركة التأمين ، فيكون للمضروور امتياز على هذا الحق الذي ما كان ليجد لولا الخسارة التي تحملها .

وهذا الرأي على قوته ينزل الدعوى المباشرة منزلة حق الامتياز ، ولما كان حق الامتياز لا ينشأ إلا بنص خاص ، فإن الدعوى المباشرة تبقى موكولة إلى نصوص خاصة ، فلا ترد إلى أصل عام .

وهناك من رد الدعوى المباشرة إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير <sup>(٣)</sup> ، فكان المدین قد اشترط على مدینه رجوعاً مباشراً لمصلحة دائته . وهذا محض افتراض ، لا ينهض به أساس من الواقع .

وهناك من ردها إلى فكرة النيابة <sup>(٤)</sup> ، فكان المدین قد ناب عن دائته في

(١) فلاحه في العقود لحساب الغير فقرة ١٣٦ ، وانظر أيضاً فقرة ١٤٢ ص ١٩١ - ص ١٩٢ .

(٢) مقال في الامتيازات الخاصة على النيون : مجلة الانتقادية سنة ١٨٧٦ ص ٥٧١ و ص ٦٦٥ .

(٣) أنكس وابل (Ankess Waple) فقرة ٤٤٤ ص ٧٦٢ -

(٤) جيلوار في الإيجار ١ ص ٣٦٩ - جوسرمان ٢ فقرة ١٢٢٧ - انظر أيضاً اسمران في بعض هذه النظريات في مجموع ٧ فقرة ١٠١٤ .

المصادق مع مدين المدين . وهذا أيضاً التراض لا يقوم على أساس .

وهناك من رد الدعوى المباشرة إلى فكرة الإراء بلا سبب<sup>(١)</sup> . فالدائن قد افترض مقدار المصلحة التي قدمها أو بمقدار الخسارة التي تحملها ، وهذا الافتراض كان سبباً في إراء مدين المدين ، فيكون للدائن أن يتقاضى من مدين مدينه أقل التبعين ، قيمة الافتراض أو قيمة الإراء . ويلاحظ على هذا الرأي أن مدين المدين لم يتر بلا سبب ، بل إن هناك سبباً لإراءه هو الدين الذي في ذمته للمدين . كما أن افتراض الدائن يقابله الدين الذي له في ذمة المدين . فكل من الدائن ومدين المدين يجد مقابلاً ما افترض به أو آرى ، والذي يهتما هو أن توجد علاقة مباشرة ما بين مدين المقابلهين ، وهذا ما تتميز عن إيجاد نظرية الإراء بلا سبب<sup>(٢)</sup> .

والجميع عليه في الوقت الحاضر ، وفي هذه المرحلة من مراحل تطور الدعوى المباشرة ، أن هذه الدعوى لا تثبت إلا بنص تشريعي خاص<sup>(٣)</sup> . وهذا يكفي للقول بأنه ليس هناك إلى اليوم أصل زود إليه الدعوى المباشرة بحيث تقوم على هذا الأصل دون حاجة إلى النص .

وما دمت لا نستطيع حتى اليوم أن نستقر على أصل يصلح أن يكون أساساً قانونياً للدعوى المباشرة ، فخير لنا أن نوجه العناية إلى التصوير الفني لهذه الدعوى لنستخلص خطوطه الرئيسية .

---

(١) سوليس (Solus) ص ٢٤٧ - دوج ٧ فقرة ١٠١٥ - الأستاذ حلي بهجت يدعي في نظرية العقد فقرة ٢٦٢ ص ٣٧٦ .

(٢) فرب الأستاذ إسماعيل خان في أحكام الالتزام فقرة ١٠٦ ص ١٣٨ . وفيه للاح الدعوى المباشرة على أساس اقتصادي ، فتمتد أن العقد ، بمحك الغاية الاقتصادية (destination économique) التي يقوم على تحقيقها ، ينتج الدعوى المباشرة لمصلحة أجنبي من هذا العقد (للاح في العقود حساب الفهر فقرة ١٤٣ ص ١٩٢ و فقرة ١٤٤ ص ١٩٤) . انظر في استمرار الأسس القانونية للدعوى المباشرة دي باج ٣ فقرة ٧٢٢ .

(٣) قارن دي باج ٢ فقرة ٧٢٣ - ويذكر خلا على قيام الدعوى المباشرة دون نص خاص في رجوع المقر على المبالغ لهائه ببيان الاستحقاق ، وفي رجوع المقر على المبالغ على نفسه مع المبالغ . وقد تمنا أن هذا الرجوع لا يكون بالدعوى المباشرة ، ولكن بنفس الدعوى التي كانت قبلت وقد انطلت إلى الخلف الكاسي ( انظر آلفاً فقرة ٥٦٠ ، وانظر أيضاً للاح في العقود حساب الفهر فقرة ١٤٠ ) .

### ٥٦٣ - التصور الفني للدعوى المباشرة - الفكرة الرئيسية :

تتخذ التقسيم الذي قال به لاييه (Laiye) أساساً للدعوى المباشرة ، فهو يؤخذ الأسس التي قلمت لهذه الدعوى حتى الآن . فالدعوى المباشرة تقوم إما على منفعة قلمها الدائن ، أو على خسارة تحملها . فالمنفعة التي قلمها المؤجر للمستأجر كانت سبباً في الدين الذي للمستأجر في ذمة المستأجر من الباطن ، والخسارة التي تحملها العامل المصاب في حادث من حوادث العمل كانت سبباً في الدين الذي لرب العمل في ذمة شركة التأمين .

هذه السببية تبرر في نظر المشرع ، في حالات خاصة هو إلى البرم الذي يملك بزمائها وهو الذي يقوم بتعيينها في نصوص تشريعية ، أن يكون الدين على الدعوى المباشرة صاحبان : صاحبه الأصل وهو في المثبتين المتضمنين المستأجر الأصل أو رب العمل ، وصاحب مضاف إليه هو نفس الدائن الذي تسبب في إيجاد هذا الدين بالمنفعة التي قلمها أو بالخسارة التي تحملها وهو المؤجر أو العامل . فيكون إذن الدين الذي في ذمة مدين المدين - وهو الدين على الدعوى المباشرة - دائتان : المدين والدائن . ويكون الدائن تبعاً لذلك مدينان : المدين ومدين المدين . ولتوضيح ذلك نفرض أن الدين الذي في ذمة مدين المدين - أي الدين على الدعوى المباشرة - هو الأجرة المستحقة في ذمة المستأجر من الباطن للمستأجر الأصل . فهنا الدين له دائتان : المستأجر الأصل والمؤجر . والمؤجر مدينان : المستأجر الأصل والمستأجر من الباطن . وتعد الدائتين أو المدينين في الدين الواحد أمر مألوف في القانون ، وهو وصف من أوصاف الالتزام . ويميز هذا الوصف الخاص بما يأتي :

(أولاً) ما دام مدين الدين (المستأجر من الباطن مثلاً) له دائتان (المستأجر الأصل والمؤجر) ، فانه متى وفي لأحدهما الدين برئت ذمته نحو الآخر ، ولكن الدائتين مع ذلك غير متضامتين .

(ثانياً) وما دام الدائن (المؤجر) له مدينان (المستأجر الأصل والمستأجر من الباطن) ، فانه متى استوفى الدين من أحدهما برئت ذمة الآخر ، ولكن المدينين مع ذلك غير متضامتين<sup>(١)</sup> .

(١) وهذا ما يميز الدعوى المباشرة عن التضامن . ويميز هذه الدعوى عن الحلول الفنية في أن -

وعلى أساس هذه الفكرة الرئيسية - تعدد الدائن لمدين واحد وتعدد للمدينين لدائن واحد وذلك في غير تضامن - نبحث في الدعوى المباشرة : (١) العلاقة ما بين الدائن ومدين المدين . (٢) العلاقة ما بين الدائن والمدين . (٣) العلاقة ما بين المدين ومدين المدين .

٥٦٤ - **الفقرة ما بين المراتب ومربع المربع** : الدائن هو صاحب الدين الذي في ذمة مدين المدين ، وهو دائن مضاف إلى الدائن الأصل كما قلنا . وترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) يرفع الدائن ، بصفته صاحب الدين ، الدعوى المباشرة باسمه هو لا باسم المدين . وهذا بخلاف الدعوى غير المباشرة فإنه يرفعها باسم المدين كما رأينا . ولا حاجة ، في رجوع الدائن على مدين المدين بالدعوى المباشرة ، إلى أن يكون المدين معسراً ، أو أن يكون الدائن قد رجع عليه أولاً ، أو أن يطلب الدائن الحلول محله .

(٢) يستأثر الدائن وحده بفائدة الدعوى المباشرة دون مزاحمة من دائني المدين ، لأنه يرفع هذه الدعوى بصفته صاحب الدين ، لا بصفته دائناً لصاحب الدين ، وبذلك تقرب الدعوى المباشرة من حق الامتياز . ولكن لما كان الدائن يرجع على مدين المدين بصفته دائناً له مباشرة ، فإنه يتحمل مزاحمة دائني مدين المدين .

(٣) لمدين المدين أن يدفع دعوى الدائن - وهي الدعوى المباشرة - بجميع الدفع الخاصة بالدائن ، وذلك إلى جانب الدفع الخاصة بالمدين . أما في الدعوى غير المباشرة فقد قلنا أن مدين المدين إنما يحتج بالدفع الخاصة بالمدين دون الدفع الخاصة بالدائن . فيجوز لمدين المدين في الدعوى المباشرة أن يمتنع بأن حق الدائن قبل المدين قد انقضى بالوفاء أو بالمقاصة أو بالإبراء أو بالتقام أو بغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام ، أو بأن العقد ما بين الدائن والمدين

---

= الدائن في الحلول يعني يحصل دعوى مدينه بالذات لا دعوى أخرى مستقلة ، وتتميز من حوالة الحق في أن الدائن في حوالة الحق يحمل على سلفه في نفس الدعوى فلا توجد إذن دعويان مستقلتان ، وتتميز من الاشتراط لصلحة الغير في أنه لا يوجد في الاشتراط لصلحة الغير إلا دعوى مباشرة واحدة هي التي تستفاد في ذمة المصهد ( دى باج ٢ فقرة ٧١٩ - فقرة ٧٢١ ) .



باطل أو قابل للإبطال . ويجوز لمدين المدين كذلك ، في الدعوى المباشرة ، أن يمتنع بأن حق المدين قبله هو قد انقضى وذلك قبل إنذار الدائن إياه بأن يولى له الدين ، أو بأن العقد بين المدين ومدين المدين يشوبه وجه من وجوه البطلان .

(٤) يستطيع الدائن أن يستعمل دعوى مدين مدينته قبل مدين مدين المدين ، لأن مدين مدينته هو مدينته المباشر كما قلنا . ويستطيع كذلك أن يحجز تحت يد مدين مدين المدين ، لأنه يعتبر مديناً لمدينته على الوجه المتقدم الذكر .

(٥) يجوز لمدين المدين أن يني بالدائن للدائن ، ويكون هذا الوفاء مبرراً للتمتع قبل المدين . كما يجوز له ، قبل أن ينلره الدائن بالوفاء ، أن يني بالدائن للمدين ، ويكون هذا الوفاء مبرراً للتمتع قبل الدائن . ولكن لا يجوز للدائن أن يستوفى الدين من مدين المدين إلا إذا كان الدين الذي له في ذمة المدين مستحق الأداء ، ولا يكفى أن يكون خالياً من النزاع كما في الدعوى غير المباشرة ، ولكن ليس من الضروري أن يكون في سند قابل للتنفيذ . ولا يجوز ، في كل حال ، أن يستوفى الدائن من مدين المدين مقداراً أكبر مما له في ذمة المدين ، فهو إنما يرجع على مدين المدين بأقل القيمتين ، قيمة الدين الذي له في ذمة المدين وقيمة الدين الذي للمدين في ذمة مدين المدين .

#### ٥٦٥ - المعروف بأعيان الراتب والميراث : يني المدين مديناً لدائته ،

فيكون للدائن مدينان هما المدين ومدين المدين . وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) يستطيع الدائن أن يستوفى دينه من المدين ، فبراً ذمة مدين المدين قبله .

(٢) وكذلك يستطيع المدين أن يوفى الدين للدائن ، فلا يرجع الدائن بشيء على مدين المدين .

(٣) إذا ولى مدين المدين للدائن الدين الذي في ذمة للمدين ، وكان هذا الدين أقل مما للدائن في ذمة المدين ، رجع الدائن على المدين بالباقي له من الدين .

(٤) ولو أن للدائن مدينين ، هما المدين ومدين المدين ، فليس هناك تضامن في المسؤولية بين هذين المدينين . وإذا كان كل منهما مسؤولاً مباشرة قبل الدائن ، فلا يوجد سبب قانوني للتضامن فيما بينهما . فليست مسؤوليتهما إذن مسؤولية ( ٢٣ م - المرسب - ٢٤ )

بالتضامن (solidarité) ، بل هي مسئولية مجتمعة (in solidum)<sup>(١)</sup> .

٥٦٦ - المعروفة ما بين المدين ومدين المدين يبق المدين دائئاً للمدين المدين ، فيكون للمدين المدين دائئان هما المدين والدائن . وتترتب على ذلك النتائج الآتية :

(١) يستطيع المدين أن يستوفى الدين من مدين المدين ، وذلك إلى وقت إنذار الدائن للمدين المدين بالوفاء ، فقبراً ذمة مدين المدين نحو الدائن .

(٢) يستطيع مدين المدين إلى وقت إنذار الدائن له بالوفاء ، أن يوفى المدين الدين ، فقبراً ذمته نحو الدائن . وتسرى في هذه الحالة المخالصة في حق الدائن ولو لم تكن ثابتة التاريخ<sup>(٢)</sup> .

(٣) إذا انقضى الدين ما بين المدين ومدين المدين ، قبل إنذار الدائن للمدين المدين بالوفاء ، بأى سبب من أسباب انقضاء الالتزام ، كالمقاصة والإبراء والتضادم ، سرى ذلك في حق الدائن .

(٤) إذا حول المدين الدين الذى له في ذمة مدين المدين ، قبل إنذار الدائن للمدين المدين بالوفاء ، كانت المحاولة نافذة في حق الدائن .

(٥) إذا حجز دائن للمدين تحت يد مدين المدين ، قبل إنذار الدائن للمدين المدين بالوفاء ، نفذ الحجز في حق الدائن .

(٦) بعد أن ينظر الدائن مدين المدين بالوفاء ، لا يستطيع مدين المدين أن يوفى الدين للمدين ، بل يجب أن يكون الوفاء للدائن وحده<sup>(٣)</sup> . على أنه حتى في هذه الحالة يبق المدين دائئاً للمدين المدين ، دون أن يستطيع استيفاء الدين منه ، ويشبه مركزه في هذه الحالة مركز المدين المحجوز عليه في حجز ما للمدين لدى الغير . ويدل على أن المدين يبق دائئاً للمدين المدين أن مدين المدين متى وفى الدين

(١) انظر في هذا المعنى ديموج ٧ فقرة ١٠١٢ .

(٢) ديموج ٧ فقرة ١٠٠٣ .

(٣) حتى لو كان دين مدين المدين مقرراً بأجل أو مطلقاً على شرط ، فيجب على مدين المدين في هذه الحالة أن يوفى الدين للدائن لا للمدين ، وذلك بعد أن يعمل الأجل أو بعد أن يصقق الشرط (ديموج ٧ فقرة ١٠٠٨) .

المالك ، اعتبر هذا الوفاء لحساب المدين من الدين الذي له في ذمة مدين المدين ،  
وعصم ما وقي به من الدين الذي في ذمة المدين للمالك (١) .

(٧) ولو أن لمدين المدين دائتين ، هما المدين والمالك ، فليس هناك تضامن  
منهما لانعدام السبب القانوني للتضامن (٢) .

---

(١) قانون ديجورج ٧ فقرة ١٠١٢ — فقرة ١٠١٣ . ويجب إلى أن مدين المدين ، من  
وقت إنقار المالك له بالوفاء ، يصبح مدينا المالك وحده ، وتنتهي مسؤولية المدين .

(٢) ديجورج ٧ فقرة ١٠١٢ .

## الفصل الثاني

### الدعوى البولصية \*

#### أو دعوى عدم نفاذ تصرف المدين

(Action paulienne — Action révocatoire)

#### ٥٦٧ - الأساس الذي بُنيت عليه الدعوى البولصية — عدم

الرد في نسبتها دعوى إبطال التصرفات : قدما أن الدائن ينفذ في حقه التصرفات الصادرة من مدينه ، فإذا زادت هذه التصرفات في أموال المدين قوى الضمان العام للدائن ، وإذا انتقصت منها ضعف هذا الضمان . والدائن في الحالتين يتحمل أثر ذلك ، فيقوى ضمانه أو يضعف ، لأن المفروض هو أن المدين حسن النية فيما يصدر عنه من التصرفات ، وما دام الدائن لم يحصل على ضمان خاص لحقه ، فهو متروك لهذا الضمان العام . لكن إذا لم يكن المدين حسن النية وكان القصد من تصرفه الإضرار بالدائن بانقاص الضمان العام ، جاز للدائن أن يطعن في هذا التصرف حتى لا ينصرف إليه أثره . وهو يطعن فيه بالدعوى البولصية . والمعروف أن التسمية اشتقت من اسم البريطور (Préteur) الروماني الذي كان أول من أدخلها في القانون الروماني ، وإن كانت صحة هذه التسمية وأنها كانت مستعملة في القانون الروماني أصبحت الآن محل شك كبير<sup>(١)</sup> .

\* مراجع : جيلوار (Guillouard) بحث في الدعوى البولصية — أشير (Acher) مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٨٠ — جرويه (Grouber) في الدعوى البولصية في القانون المدني الفرنسي المعاصر رسالة من باريس سنة ١٩١٣ — فينيرون (Vigneron) في الفتر في نقل الحقوق رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — باستيان (Bastian) بحث في إقامة نظرية عامة في عدم النفاذ رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — ديموج ٧ فقرة ١٠٣٠ وما بعدها — انظر أيضاً مقالين للأستاذ عبد العظيم الشقنطيري في مجلة الشرائع السنة الخامسة ص ٣٢٨ — ص ٣٣٦ و ص ٤٢٤ — ص ٤٣٠ .

(١) ويبدو أن البريطور « بولص » هذا ليس إلا شخصاً خيالياً اعترضه بعض المحققين (glossateurs) . ولم تكن الدعوى البولصية في عهد القانون الروماني المدعى دعوى واحدة ، =

وكانت هذه الدعوى تسمى « بدعوى إبطال التصرفات » ، وقد استعمل التقنين للمنفى السابق (م ١٤٣/٢٠٤) لفظ « إبطال » في صدهما ، وإن كان قد حذر في مكان آخر (م ٥٥٦/٦٨٠) إلى لفظ « الطعن » وهو أدق من لفظ الإبطال . والواقع من الأمر أن الدائن ، كما رأينا ، لا يطل تصرف المدين ، بل هو يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه (انظر المادة ٢٣٧ من التقنين للمنفى الجديد) . فإذا أوجب إلى طلبه ، لم يسر التصرف في حقه ، ولكنه يبقى قائماً بين المدين ومن صدر له التصرف . لذلك كان الأولى تسمية الدعوى البولصية بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن ، ويصح أن تختصر هذه التسمية فتكون « دعوى عدم نفاذ تصرف المدين » (انظر المادة ٢٤٣ من التقنين للمنفى الجديد) ، أو نستبقى للدعوى التسمية التقليدية وهي « الدعوى البولصية » .

وزي مما تقدم أن الأساس الذي بنيت عليه الدعوى البولصية هو أن القانون أراد حماية الدائن من غش مدينه المعسر ، فهي والدعوى غير المباشرة بواجهان معاً مدنياً معسراً . إلا أن الدعوى غير المباشرة تعالج موقفاً سلبياً للمدين المعسر هو سكوته عن استعمال حقوقه عنداً أو إهمالاً ، أما الدعوى البولصية فتعالج من المدين المعسر موقفاً إيجابياً هو إقدامه على التصرف في حقوقه عن عمد لا عن

---

« بل كانت دعاوى متعددة أصليت لحماية الدائنين في حالات مختلفة ، ولم تتوحد في دعوى واحدة إلا في عهد جوستنيان . وكان هذه الدعاوى في إجراءات القانون الروماني الطابع الجماعي (caractère collectif) ، إذ كانت لا تعطى إلا ضد المدين المفلس لجماعة الدائنين في شخص يمثل لهم هو الذي كان يوكل إليه تصفية أموال المدين (curator bonorum vendendorum) ، فكانت فائدتها تعود على جماعة الدائنين ، لا تختص بواحد منهم دون الآخرين . وقد انقلبت الدعوى البولصية في القانون الحديث من دعوى جماعية (action collective) إلى دعوى فردية (action individuelle) (مقال الأستاذ أنشير Acher في مجلة القانون المدى الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٨٥ - جيرار Girard ص ٤٣٥ - ص ٤٣٧ - أكارياس Accarias ٢ لفرة ٨٥٢ - بلانول وريبير وبولانيه ٢ لفرة ١٤١٣) .

وقد نهت الدعوى البولصية على هذا النحو في تربة عملية ، ثم أقرتها التقاليد ، فأصبح لأحكامها ميزان : (أ) فهي أولاً أحكام تقليدية ، ولذلك تصطدم في بعض تفصيلاتها مع المنطق ، وقد ودعا التقنين المنقح المصري الجديد إلى المنطق في كثير من هذه التفصيلات . (ب) وهي ثانياً أحكام عملية ، فللاصطلاح معنى عمل في هذه الأحكام ، ولا يستد بانئن الذي يطبقه المشتري للمدين ما دام يتصلر عملياً على الدائن أن ينقل عليه ( نظرية المقدم المؤلف لفرة ٧٢٨ ص ٧٧٨ ملحق رقم ٢ ) .

مجرد إعمال بقصد الإضرار بدائته . ولما كان كل موقف ينظم القانون له ما يقتضيه من الحماية ، كانت الحماية التي نظمها القانون ضد العمل الإجباري أشد نشاطاً من الحماية التي نظمها ضد العمل السلي . فالدعوى غير المباشرة رفضها الدائن باسم المدين وأثرها ينصرف إلى المدين لا إلى الدائن ، أما الدعوى البولصية فيرفضها الدائن باسمه هو وأثرها ينصرف إليه لا إلى المدين .

وبين من ذلك أن الدعوى البولصية تختلف اختلافاً واضحاً عن الدعوى غير المباشرة . ويستطيع الدائن أن يستعمل الدعويين واحدة بعد الأخرى ، يظعن في تصرف مدينه بالدعوى البولصية ، فإذا لم ينجح في هذا الظعن رفع الدعوى غير المباشرة يطالب بحقوق مدينه في هذا التصرف<sup>(١)</sup> ولكنه لا يستطيع الجمع بينهما في إجراءات واحدة لأنهما دعويان مختلفتان كما قلنا ، فلا يستطيع مثلاً أن يظعن بالدعوى البولصية في بيع صئر من مدينه وفي الوقت ذاته يستعمل حتى هذا المدين في المطالبة بالثمن<sup>(٢)</sup> .

والدعوى البولصية وإن كانت ترفع عادة في صورة دعوى مستقلة : إلا أنه يجوز رفعها كذلك دعوى فرعية ، أو إثارتها مسألة أولية<sup>(٣)</sup> .

---

(١) ديولوب ٢٥ فقرة ١٤٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٤٧ — ديموج ٧ فقرة ١٠٣٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية تختلفان كل منهما عن الأخرى في أساسها وشروطها وآثارها ، ومن ثم لا يجوز الجمع بينهما في آن ، إلا أنه يجوز لدائن أن يستعملهما متتابعتين إحداها بعد الأخرى . وليس من الضروري أن ترفع الدعوى البولصية استقلالاً ، بل يصح رفعها كدعوى حارضة أو إثارتها كسألة أولية ، ولو أثناء قيام الدعوى غير المباشرة ، متى كانت ظروف دفاع الدائن تستلزم ذلك . فإذا كان الدائن متأساً ووجه في دعواه غير المباشرة من ناظر الوقت بمصادقة مدينه حل حساب الوقت قد دفع بأن مله المصادقة بالطلبة لصورها شأ وتديلاً وبالتواضع بين المدين وبين ناظر الوقت ، فإنه لا يكون قد جمع بين الدعوى غير المباشرة وبين الدعوى البولصية في آن ، وإنما هو آثار الدعوى البولصية كسألة أولية ، فهو بهذا قد استعمل الدعويين حل المتعاقب ، ويكون من المتعين الفصل في الدعوى البولصية ، وإذا كانت المحكمة قد قصرت مجها حل الدعوى غير المباشرة ، واعتبرت مصادقة المدين نافذة في حقه بقوله أنه لم يرفع الدعوى البولصية ، فأنها تكون قد أغضت الفصل في دفاعه ويكون حكمها قد أعطى في تكييف هذا الدفاع ، وتبين نقضه ( نقض مدعى ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠ ) .

(٣) انظر حكم محكمة النقض للتقدم ويقول أنه ليس من الضروري أن ترفع الدعوى البولصية مست

## ٥٦٨ - ما سخرتم التقنين المبني الجدير في الدعوى البولسية:

وقد استحدث التقنين للدين الجديد بعض التعديلات الهامة في الدعوى البولسية. وأهم تعديل أدخله هو أنه جعل نفع هذه الدعوى لا يقتصر على الدائن الذي رفعها ، بل يعم سائر الدائنين ممن تتوافر فيهم شروط استعمالها . ثم أن التقنين الجديد وسع في نطاق التصرفات التي يجوز للدائن الطعن فيها ، فشمّل هذا النطاق ، ليس فحسب ، التصرفات التي تنقص حقوق المدين ، بل أيضاً تلك التي تزيد في التزاماته ، وكذلك الوفاء الحاصل من المدين المعسر وتقديمه أحد دائليه على الآخرين دون حق . وعهد التقنين الجديد إلى الأخط بأسباب التيسر في مسائل الإثبات ، فألغى قرائن قانونية على إحصار المدين وعلى خشه وعلى تواطؤ الخلف الأول والخلف الثاني في هذا الغش . وجعل التقنين الجديد تخلف سيلا لتوق أثر الدعوى ، إذا هو أودع ضمن خزانة المحكمة . وأنشأ تقادماً خاصاً للدعوى مدته ثلاث سنوات ، حتى لا يطول الوقت الذي يظل فيه نصير التصرف معلقاً .

على أن التقنين الجديد لم يكتف بتنظيم الدعوى البولسية على هذا النحو ، بل عمد إلى تنظيم أهم وأهم لحالة إحصار المدين في جعلتها كما سنرى (١) .

١ - استقلالاً ، بل يسمح رفعها كدعوى عارضة أو إثارتها كسألة أولية (نقض مدني ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦١ ص ٢٢٠) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لما كانت الدعوى البولسية يقصد بها عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين في حق دائته ، كان من الجائز إثارتها كمنع لدعوى التي يرفعها المصروف إليه يطلب نفاذ هذا التصرف ، ولا يلزم أن ترفع في صورة دعوى مستقلة . ولا يغير من هذا أن يكون التصرف مسجلاً ، فإن تسجيله لا يحوّل الدعوى البولسية ، إذ ليس من شأن تسجيل التصرف أن يغير من طريقة إعمال هذه الدعوى ولا الآثار المترتبة عليها ( نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٧ ص ٣٨٨ — انظر أيضاً : نقض مدني ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٩٩٦ — استئناف مصر ٢١ أبريل سنة ١٩٣٥ الحاماة ١٦ رقم ٧٦ ص ١٦٤ ) . وقضت محكمة نبي سوف الكلية ( حكم استئنافي ) بأنه لا يوجد ما يمنع من رفع الدعوى البولسية بصفة دعوى فرعية ، فلذا رفضت دعوى استحقاق العقار أثناء نظر دعوى نزاع الملكية ، جاز للدائن الذي طلب نزاع الملكية أن يطعن في دعوى فرعية في العقد الذي بنت عليه دعوى الاستحقاق لأنه صدر من المدين إضراراً به ( ١٧ مارس سنة ١٩٠٨ مجموعة دسمة ١ رقم ٦ ص ١٢ ) .

(١) وطما ما جرد في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا الصدد : « أما الدعوى القضائية ، وهي التقوى البولسية ، فقد جرد المذكرة أحكامها بتعديل جوهرياً من وجهه مدني . »

ونبحث الدعوى البولصية فتكلم : (أولاً) في شروط هذه الدعوى (ثانياً) وفي الآثار التي تترتب عليها .

## الفرع الاول

### شروط الدعوى البولصية

٥٦٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٣٧ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به ، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وتترتب عليه إضرار المدين أو الزيادة في إضراره ، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية » .

« فقد جعل منها إجراء جماعياً مشتركاً بين الدائنين (الصحيح أنها لا تزال إجراء فردياً) يتخذ أي دائن مستقلاً من الدائنين الآخرين ، ولكن فائدة الدعوى هي التي أصبحت جماعية مشتركة لا يستغل بها دائن دون آخر ( بعد أن كانت إجراء فردياً في أحكام التقنين الحالي ( السابق ) ، فلا يقتصر نفعها في وضعها الجديد على من يرفضها من الدائنين ، بل يشمل سائر الدائنين الذين تتوافر فيهم شرائط استعمالها ... وقد بسط المشروع كذلك من نطاق فكرة التصرف المدخول الذي يجوز الطعن فيه باستعمال تلك الدعوى ، فلم يمد أمرها قاصراً على التصرف المفقور بمعناه الضيق الجامد كما استقر في التقاليد ، بل جاوز ذلك إلى ما يستتبع زيادة التزامات المدين أو انقاص حقوقه من ضروب التصرفات ... وقد أجاز المشروع أيضاً أن يطعن من طريق الدعوى البولصية في الوفاء الحاصل من المدين المسر ولإثارة أحد دائله بالأفضلية بغير حق ... ويلاحظ من ناحية أخرى أن المشروع عمد إلى الأخذ بأسباب التيسير والتبسيط في كل ما يتعلق بالإثبات ، فسر أمر إقامة الدليل على إضرار المدين وعشه وإثباته الخلف الأول والخلف الثاني في هذا الفرض ... ثم أنه لما خرجاً قتلخ ، نفسه من آثار الدعوى إذا قام بالوفاء بحق لدائن أو قام بإعفاء اثنين ... وأنشأ تقاضاً مدته سنة ( أصبح ثلاث سنوات يتبدل من لجنة مجلس الشيوخ ) ، حتى لا يطول أحد الفترة التي يظل مصير التصرف فيها وحيثاً مباشرة للدعوى . ومهما يكن مبلغ ما أدخل على الدعوى البولصية من تعديل فهي لا تبدو أن تكون تنظيماً جزئياً لإضرار المدين بالصفة تصرف مدين صدر منه ، وهي يوضعها هذا لا تنفي عن تنظيم أهم وأشد يتناول حالة لإضرار في جعلها » ( مجموعة الأعمال الصحفية ٢ ص ٦٠٤ — ص ٦٠٥ ) .



وتنص المادة ٢٣٨ على ما يأتي :

١ - إذا كان تصرف المدين بموضع ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفي لأعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر .

٢ - أما إذا كان التصرف تبرعاً ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع ضمن التية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً .

٣ - وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بموضع إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بموضع ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم إصغار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً .

وتنص المادة ٢٣٩ على ما يأتي :

إذا ادعى الدائن إصغار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له ما لا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها .

وتنص المادة ٢٤٢ على ما يأتي :

١ - إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يرتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة .

٢ - وإذا وقع المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلاً للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء في حق باقي الدائنين . وكذلك لا يسرى في حقهم الوفاء ، ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة توافق بين المدين والدائن الذي استوفى حقه .

وتنص المادة ٢٤٣ على ما يأتي :

وتسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف . وتسقط في جميع الأحوال

بانتقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه<sup>(١)</sup> .

#### (١) تاريخ التصوي :

م ٢٢٧ : ورد هذا النص في المادة ٣١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح المادة ٢٤٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٧ (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٦١٢ - ص ٦١٤) .

م ٢٣٨ : ورد هذا النص في المادة ٣١٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما صعد عبارة « لو كان ينبغي أن يعلم ذلك » وردت في المشروع التمهيدى في آخر الفقرة الأولى ، وفيما صعد عبارة « فلا يصح الدائن أن يتسلك بهمم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بموئ » وهي الواردة في الفقرة الثالثة ، فانها وردت في المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « فلا يصح للدائن أن يتسلك بهمم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وقت تصرفه بالخلف الأول إن كان المدين قد تصرف بموئ » . وقد أقرت لجنة المراجعة النص بعد أن حلفت عبارة « وكان ينبغي أن يعلم ذلك » من آخر الفقرة الأولى ، وأصبح رقم النص المادة ٢٤٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « فلا يصح للدائن أن يتسلك بهمم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بموئ » بالعبارة المقابلة التي وردت في المشروع التمهيدى ، وذلك حتى « لا يكون عند الخلف الثاني مرسماً للعلم إلا إذا كان عالماً بهيب التصرف الأول من جهة المدين والخلف الأول » . وأصبح رقم المادة ٢٣٨ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة ( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٦١٥ - ص ٦١٨ ) .

م ٢٣٩ : ورد هذا النص في المادة ٣١٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « إذا ادعى الدائن إفساد المدين ، وأثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، كان على المدين أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها » . وفي لجنة المراجعة حوّل النص نحوياً جعله مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، ليكول أدل على المقصود ، وأصبح رقم المادة ٢٤٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٩ (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٦١٩ - ص ٦٢٠) .

م ٢٤٢ : ورد هذا النص في المادة ٣٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة بعد إدخال بعض تعديلات لفظية . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٢ ، وقد أقرض في هذه اللجنة على ما جاء بالنص من بطلان الوفاء بحجة أن التقنين السابق يجعل الوفاء صحيحاً ، فأجيب بأن قرينة الغش متوافرة قطعاً ، وهذا ما يبرر الحكم الوارد في النص . ثم أقره مجلس الشيوخ ( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٦٢٨ - ص ٦٣٠ ) .

م ٢٤٣ : ورد هذا النص في المادة ٣٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فصار على إحدى مدعى التقادم التي حددت بثلاث سنوات فقد كانت ستة

وتقابل هذه النصوص في التفتين الملف السابق المواد ١٤٣/٢٠٤ و ٥٥٦/٦٨٠ و ٧٦/٥٣ والمادة ٧٤ من التفتين الملف المخطط<sup>(١)</sup>.

وتقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين الملف السوري المواد ٢٣٨ - ٢٤٠ و ٢٤٣ - ٢٤٤ ، وفي التفتين الملف العراقي المواد ٢٦٣ - ٢٦٥ و ٢٦٨ - ٢٦٩ ، وفي التفتين الملف الليبي المواد ٢٤٠ - ٢٤٢ و ٢٤٥ - ٢٤٦ ، وفي تفتين الموجبات والمقرود اللبناني المادة ٢٧٨<sup>(٢)</sup>.

ملاحظة في المشروع المتهدي ووافقت لجنة المراجعة على التصحيح ، وأصبح رقم المادة ٢٥٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ اقترح بعض حضرات مستشاري محكمة النقض أن تكون إحدى مدق تقدم الدعوى البرلمانية ثلاث سنوات بدلاً من سنة واحدة ، تبدأ من تاريخ علم الفائز بحصول التصرف أو من تاريخ شهر وليس من تاريخ علمه بسبب عدم نفاذ التصرف ، فرأت اللجنة الأخذ بالاقترح في شقه الأول وزادت مدة التقدم إلى ثلاث سنوات توخياً للتيسير ، ولم تأخذ بالشق الثاني منه لأن الفائز قد يعلم بصدور التصرف ولكن لا يعلم الأسباب التي تستتبع عدم نفاذه في حقه ، وأصبح رقم النص ٢٤٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٠ و ص ٦٢٤ - ص ٦٢٥) (١) نصوص التفتين الملف السابق م ٢٠٤/١٤٣ : « للدائنين في جميع الأحوال الحق في طلب إبطال الأفعال الصادرة من مدعيهم بقصد ضررهم ، وفي طلب إبطال ما حصل منهم من التصرفات وترك الحقوق إضراراً بهم » .

م ٦٨٠/٥٥٦ : « لا يجوز للظن من الدائنين في تصرف مدعيهم في أمواله بمقابل إلا إذا كان التصرف حاصلًا لإضرار بحقهم » . م ٧٦/٥٣ : « لا يجوز لأحد أن يوقف ماله إضراراً بدينه ، وإن وقف كان الوقت لا يراه » . م ٧٤ : « لا يقابل لما في التفتين الأهل » : « لا يجوز لأحد أن يهب شيئاً إضراراً بدينه الموجودين وقت الهبة » .

وقد قمنا باستحداث التفتين الملف الجديد من تعديلات هامة في الدعوى البرلمانية . وانظر في الميود العديدة التي تشوب نصوص التفتين الملف السابق نظرية المقعد المؤلف لفقرة (٧٢٨) . (٢) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين الملف السوري م ٢٣٨ - ٢٤٠ و ٢٤٣ - ٢٤٤ ( مطابقة لنصوص التفتين الملف المصري ) .

التفتين الملف العراقي م ٢٦٣ - ٢٦٥ و ٢٦٨ - ٢٦٩ ( مطابقة لنصوص التفتين الملف المصري ) . وانظر في شرح نصوص التفتين الملف العراقي للدكتور حسن حل اللنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي ص ٨١ - ص ٩٦ . التفتين الملف للمملكة الليبية المتحدة م ٢٤٠ - ٢٤٢ و ٢٤٥ - ٢٤٦ ( مطابقة لنصوص التفتين الملف المصري ) .

تفتين الموجبات والمقرود اللبناني م ٢٧٨ : « يحق للدائنين الذين أصبح دينهم مستحق الأداء أن »

٥٧٠ - الفكرة الأساسية في شروط الدعوى البولسية : يمكن أن ترد شروط الدعوى البولسية جميعاً إلى فكرة أساسية واحدة هي أن المدين يفتشه بقصد الإضرار بالدائن ، فهو يتصرف غشاً في ماله ، ويقصد من هذا التصرف أن ينقص من الضمان العام للدائنية<sup>(١)</sup> .

ويتبين من النصوص التي قلبتها أن شروط الدعوى البولسية ، كشروط الدعوى غير المباشرة ، بعضها يرجع إلى الدائن ، وبعضها يرجع إلى التصرف الذي يطلع فيه الدائن ، وبعضها يرجع إلى المدين . ثم إن التقنين المادني الجديد قد استحدث للدعوى البولسية ، كما رأينا ، تقادماً خاصاً تستكمل به شروط رفعها .

## المبحث الأول

### الشروط التي ترجع إلى الدائن

٥٧١ - بشرط في الدائن أنه يكون له عند سقوط الدعوى : حتى يجوز للدائن أن يطلع في تصرف المدين بالدعوى البولسية يجب أن يكون حقه مستحق

« يطلبوا بأسمائهم الخاصة فسخ المقود إلى مقدمها المدينون لمفسد حقوقهم ، وكانت السبب في إحداث صجره من الإبقاء ، أو تفاديه هذا العجز . أما المقود التي لم يكن بها المدينون إلا مهملًا فكسبه فلا تنالها دعوى القسح . وهذه الدعوى المسماة « بالدعوى البولسية » يجوز أن تتناول أشخاصاً مقدمي المدينون خدمة . غير أنه لا تصح إقامتها على الأشخاص الذين نالوا حقوقهم مقابل عوض إلا إذا ثبت اشتراكهم في التواطؤ مع المدينون . ولا يستفيد من نتائج هذه الدعوى إلا الشخص أو الأشخاص الذين أقاموها ، وذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم . أما فيما زاد عنها فينبى العقد قائماً ، ويستمر على إنتاج جميع مفاعيله . وتسقط هذه الدعوى بمرور الزمن بعد عشر سنوات . ( وتنظيم الدعوى البولسية في القانون اللبناني أقرب إلى التنظيم الذي أخذ به القانون الفرنسي ، ويختلف من القانون المصري في بعض مسائل ، أهمها أن القانون اللبناني لا يجعل الدعوى تقيده إلا الدائن الذي رفضها دون غيره من الدائنين ، وأن مدة التقادم في هذا القانون هي عشر سنوات . ولم يبين تقنين الموجبات والمقود اللبناني ما إذا كان يجوز الطعن بالدعوى البولسية في التصرف الذي يزيد في التزامات المدين ، متى يجوز الطعن بهذه الدعوى فيما يقوم به المدين من أعمال الوفاء بالدَيْن - انظر في الدعوى البولسية في القانون اللبناني الدكتور صبيح المحمصاني في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٦١ - ص ٦٧ ) .

(١) وقد خلست محكمة النقض شروط الدعوى البولسية على الوجه الآتي : إذا كانت محكمة -

الآداء<sup>(١)</sup> وفي هذا تختلِف الدعوى البولصية عن الدعوى غير المباشرة ، فقد قلنا أنه يكفي في الدعوى الأخيرة أن يكون حق الدائن خالياً من النزاع ولا يشترط أن يكون مستحق الأداء . ويربر هذا الفرق بين الدعويين أن الدعوى البولصية أكبر خطراً من الدعوى غير المباشرة ، فالدائن فيها يتدخل في أعمال المدين تدخلاً خطيراً إذ يطلع في تصرف صدر منه ، ويقم الدائن الدعوى باسمه فهو يهاجم المدين بمقتضى حق ثابت له ، ولا يكون ذلك إلا لأن الدائن قد اعترم التنفيذ بحقه ، فوجب أن يكون حقه مستحق الأداء . أما في الدعوى غير المباشرة فالدائن يقتصر على استعمال حقوق مدنيه نائباً عن هذا المدين ، فالدعوى أقرب إلى الأعمال التحفظية من الدعوى البولصية ، فلم يشترط القانون فيها أن يكون حق الدائن مستحق الأداء واكتفى بأن يكون خالياً من النزاع . وقد صرح التقنين المدني الجديد بهذا الفرق ما بين الدعويين ، فأعطى الدعوى البولصية لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء (م ٢٣٧) ، وأعطى الدعوى غير المباشرة لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء (م ٢٣٥)<sup>(٢)</sup>.

ويجس أن ما دام يشترط في الدائن ، لرفع الدعوى البولصية ، أن يكون حقه مستحق الأداء ، فإن هذا الحق يجب أيضاً أن يكون خالياً من النزاع على النحو الذي بسطناه في الدعوى غير المباشرة ، فإن استحقاق الأداء مرتبة في

---

الاستئناف قد استعملت من وقائع الدعوى ما استعملت منه على إصدار المدين المصروف وسوء نيته هو والمصروف له وتواطئهما على الإضرار بالدائن ، ثم طابقت ما استعملت من ذلك وبين الدائن القانونية لأركان الدعوى البولصية ، وهي كون دين دافع الدعوى سابقاً على المصروف المطلوب إبطاله وكون هذا المصروف أصغر المدين وكون المدين والمصروف له سبباً لنية المدين على الإضرار بالدائن ، ثم قضت به ذلك بإبطال المصروف ، فذلك حسباً ليكون حكمها منبه مستوف الأسباب (نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة حرر ١ رقم ٢٤٨ من ١٠٩٥ — انظر أيضاً استئناف مصر ٢١ يولييه سنة ١٩٥٠ الحاماة ٢١ رقم ١٧١ ص ٥٧٢) .

(١) نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٢ من ٦٧٤ (حيث وردت في الحكم عبارة «دين يحق الوجود» ويراد بها «دين مستحق الأداء») — نقض مدني ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص ٤٩٦ (حيث يصرح الحكم بأن الدين يجب أن يكون مستحق الأداء) — ومن كان حقه صورياً لا يجوز له الطعن في تصرفات مدنيه بالدعوى البولصية (استئناف غنظط ٧ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٠٨٥) وكذلك لا يستطيع استعمال الدعوى غير المباشرة .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٦٢٢ .

ملحقاً أصل من مرتبة التلوه من النزاع ، ومتى اشترطت المرتبة الأهل فان المرتبة الأدنى تكون ضمناً مشترطة .

ويترتب على ما قدمناه أن الدائن إذا كان حقه متنازعا فيه لا يستطيع استعمال الدعوى البولصية<sup>(١)</sup> . كذلك لا يستطيع استعمال الدعوى البولصية الدائن الذي يكون حقه معلقاً على شرط واقف<sup>(٢)</sup> أو مقترناً بأجل واقف<sup>(٣)</sup> ، لأن الحق حتى إذا كان خالياً من النزاع يكون غير مستحق الأداء ، وقد قدمنا أن الدائن يستطيع في حالتي الشرط والأجل الواقفين أن يستعمل الدعوى غير المباشرة لأن الحق في استعمال هذه الدعوى لا يشترط فيه أن يكون مستحق الأداء . أما إذا كان الحق معلقاً على شرط فاسخ أو مقترناً بأجل فاسخ ، فان الدائن يستطيع استعمال الدعوى البولصية ، لأن الشرط الفاسخ والأجل الفاسخ لا يعمان الحق من أن يكون مستحق الأداء<sup>(٤)</sup> .

(١) استئناف أصل ٢٨ يناير سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ١٠٥ — استئناف غلط ٢٠ رليه سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٥١ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥١ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٤ — ويصير حق الكفيل في الرجوع على المدين المكفول خالياً من النزاع متى يملئ الدائن الكفيل بوفاء الدين ، ولذلك يجوز لكفيل في هذا الوقت أن يضمن في تصرفات المدين بالدعوى البولصية ( محكمة المنصورة المخططة ٢٥ فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ ولم ٢٠٥ ص ١٠٩ ) — وإذا كان حق الدائن غير خال من النزاع ، ثم صدر حكم ابتدائي بحسم النزاع لصالحه ، واستأنف المدين الحكم ، فإن الدعوى البولصية توفقت حتى يبت في الاستئناف لتلقى يتوقف عليه مصير الحق ( استئناف غلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٨٤ ) .

(٢) لوردان ١٦ فترة ٤٥٩ — هناك ٧ فترة ٢١٩ — بودري وبارد ١ فترة ١٨٦ — بلابلول وريبير وردوان ٧ فترة ٩٥٥ — دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فترة ٤٩ .

(٣) وسنرى أنه يشترط في المدين أن يكون مصرأ . ولا تمارس بين إحصار المدين وبقائه أجل الدين في الدعوى البولصية لسببين : (١) الأجل لا يسقط بمجرد الإحصار ، بل يجب لسقوطه أن يصدر به حكم كاسوى ، فبما أن يكون المدين مصرأ ، دون أن يسقط الأجل ، إذا لم يصدر حكم بالإحصار . (٢) وللإحصار في الدعوى البولصية ، فوق ذلك ، معنى عمل ينطوي على كثير من المرونة ، إذ يعتبر إحصاراً في هذه الدعوى إلا يكون المدين مال ظاهر يبي بجميع ماله حتى لو كان له مال غير ظاهر يبي بجميع الدين ، أو مال ظاهر ولكن يتسلط التفتيش عليه . كذلك يعتبر إحصاراً أن يتصرف المدين في حين من أعيان تركته مستفرقة بالدين ، حتى لو كان عنده أموال شخصية تبي بدينون التركة — ففي جميع هذه الأحوال لا يسقط الأجل وإن توافر شرط الإحصار لرفع الدعوى البولصية ، فلا يجوز عندئذ للدائن رفضها لأن حقه غير مستحق الأداء .

(٤) بلابلول وريبير وردوان ٧ فترة ٩٥٥ .

## ٥٧٢ - أى دائن عند مستحق الأداء يستطيع استئصال الدعوى

البولصية : أى دائن حقه خال من النزاع مستحق الأداء يستطيع استئصال الدعوى البولصية ، لا فرق في ذلك بين دائن شخصي ودائن مرتين ودائن له حق امتياز على النحو الذى قدمناه في الدعوى غير المباشرة (١).

كذلك يجوز أن يكون حق الدائن غير مقدر مادام مستحق الأداء ، فيستطيع المضرور في العمل غير المشروع ، حتى قبل أن يقدر التعويض المستحق له ، أن يستعمل الدعوى البولصية ويظن في تصرف صدر من مدينة المسئول عن العمل غير المشروع بقصد تهريب ماله حتى لا ينفذ عليه الدائن بالتعويض

---

(١) إذا لا يجوز أن يكون الرهن أو الامتياز الذى أريد به تقوية حق الدائن سبباً في إضعاف هذا الحق ، وحرمان الدائن عما هو ثابت لسائر الدائنين (ديجولوب ٢٥ فقرة ٢٢٨ - لوران ١٦ فقرة ٤٥٧ - هيك ٧ فقرة ٢١٩ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٢ - ص ١٩٤ وعاش رقم ٢ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٣ - بلانول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٤ - دى هلنس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٤٧ - نصي زغلول ص ٣٦٩) .

فإذا كان الشيء الذى تصرف فيه المدين هو غير الشيء الذى ثبت عليه حق الرهن أو حق الامتياز فالأمر ظاهر ، لأن الدائن ذا التأمين المبنى يعتبر دائناً شخصياً بالنسبة إلى هذا الشيء . ولكن يشترط في هذه الحالة أن الشيء الذى ترتب عليه التأمين المبنى يكون غير واثق بالمدين حتى يثق المضرور من التصرف المظنون فيه (استئناف مخطوط ٢ نولبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٣ ص ٧٠٥) . أما إذا كان الشيء الذى تصرف فيه المدين هو الذى ترتب عليه التأمين المبنى ، فللدائن صاحب هذا التأمين أن يظن كذلك في التصرف حتى لا يكون مضطراً إلى تتبع الشيء في يد الغير ليعرضه ذلك إلى خطر التطهير (انظر في مجردات أخرى استئناف مخطوط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢٠ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٣ ص ٧٠٤ حاشي رقم ٥ - انظر عكس ذلك : استئناف مخطوط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥ - ٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٩٢) . ويستطيع الدائن صاحب التأمين المبنى العائن في التصرف حتى يمتنع من زيادة المشر في إجراءات التطهير أو حتى يمتنع من أن يزيده المشر ، وحتى يبدأ في التنفيذ بحقه على من المدين (ديجولوب ٢٥ فقرة ٢٢٨ - هيك ٧ فقرة ٢١٩ - لوران ١٦ فقرة ٤٥٧ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٧ حاشي رقم ٢ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٨٣ - بلانول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٤) . ويتبين ما تقدم أن المدين إذا تصرف في الشيء المرهون ، فشرط الإصدار يأخذ معنى جديداً ، ويمكن لتوافر هذا الشرط أن يفوت للدائن التنفيذ على المدين للمعونة ذاتها (نظرية العقدة للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٠ حاشي رقم ١) .

المستحق له (١).

ولا يشترط كذلك أن يكون حق الدائن ثابتاً في سند قابل للتنفيذ، فإن الدائن سيحصل على هذا السند عند رفع الدعوى البولصية، ذلك أن القاضي في هذه الدعوى يبحث صفة المدعى فيثبت أمامه أنه دائن وأن حقه مستحق الأداء، فتحكمه بإجابة الدائن إلى الطعن بالدعوى البولصية حكم بحق الدائن، فيصبح هذا الحق قابلاً للتنفيذ.

ولا فرق كذلك، في رفع الدعوى البولصية، بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقه عمل أو امتناع عن عمل، فالكل سواء في استعمال هذه الدعوى، حل التحو الذي قلمناه في الدعوى غير المباشرة.

ولا فرق أخيراً بين ما إذا كان مصدر الحق تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية، ففي الحالتين يكون للدائن أن يستعمل الدعوى البولصية كما أن له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة فيما قلمناه (٢).

ولكن يشترط، خلافاً للدعوى غير المباشرة، أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه، وسبأني بيان ذلك فيما يلي.

## المبحث الثاني

### الشروط التي ترجع إلى التصرف المطعون فيه

٥٧٣ - شروط ثلثة : يشترط فيما يطعن فيه الدائن من أعمال المدين أن يكون : (١) تصرفاً قانونياً (٢) مفقراً (٣) طالباً في الوجود لحق الدائن .

(١) وكذلك يجوز للدائن في حساب لم تكته تصفيته أن يطعن في تصرف صدر من مديته بالدعوى البولصية .

(٢) وقد يكون الدائن الذي يطعن في تصرف المدين دائناً لشركة تضامن ويكون التصرف الذي يطعن فيه صادراً من شريك غير مدين له شخصياً (استئناف مخطط ٧ يونه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨) . ويجوز لحارس القضاة المدين بناء على طلب الدائنين أن ينضم لدائن في الدعوى البولصية (استئناف مخطط ٦ يونه سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٠ - نظرية العقد البولف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٠ هامش رقم ١) .



## المطلب الأول

### تصرف قانوني

٥٧٤ - **الظن في المادى** : يجب أن يكون العمل الصادر عن المدعى ، ويطعن فيه الدائن ، تصرفاً قانونياً (acte juridique) . فإذا كان عملاً مادياً ، لم يتصور الطعن فيه : فلو أن المدعى تسبب عمداً أو إهمالاً في الإضرار بالغير بعمل غير مشروع ، فالتزم بالتعويض ؛ وجعله هذا الالتزام مبرراً ، فلا سبيل للدائن إلى الطعن في العمل غير المشروع ، فإن هذا العمل يحكم أنه عمل مادي نافذ ضرورة في حق الدائن .

كذلك لو ترك المدعى شيئاً مملوكة له في يد الغير حتىملكها الغير بالتقادم ، فإنه لا يتصور أن يطعن الدائن في هذا العمل المادى السلى — وهو ترك المدعى العين حتى تملكها الغير — ولكن يجوز ، قبل تمام التقادم ، أن يتدخل الدائن باسم المدعى فيقطع التقادم ، ويسترد العين بالدعوى غير المباشرة .

أما إذا كان العمل المادى إثراء على حساب الغير ، فإن المدعى لا يلتزم إلا بأدنى القيمتين ، قيمة ما آثرى به هو وقيمة ما افقر به دائته ، فمن يكون هذا الالتزام سبباً في إحصار المدعى أو في زيادة إحصاره ، ولذلك لا يكون الإثراء على حساب الغير قابلاً للطعن فيه بالدعوى البولصية ، ليس فحسب لأنه عمل مادي ، بل أيضاً لأنه لا يؤدي إلى إحصار المدعى<sup>(١)</sup> .

٥٧٥ - **أما يكون الظن في تصرف قانوني** : وأي تصرف

قانوني يصدر من المدعى يكون قابلاً للطعن فيه بالدعوى البولصية إذا توافرت ألسروط الأخرى لهذه الدعوى ، سواء كان التصرف صادراً من جانب واحد أو كان صادراً من الجانبين ، وسواء كان تبرعاً أو معاوضة .

(١) كذلك إذا رضى المدعى بدين غير مستحق عليه ، فإن الرضاء مع أنه تصرف قانوني يكون عادة محسوماً بطلط ، أى أن المدعى يكون حسن النية ، فلا يجوز للدائن الطعن في هذا الرضاء بالدعوى البولصية لتختلف شرط النش . ولكن يجوز للدائن في هذه الحالة أن يحصل ، بالدعوى غير المباشرة ، حق المدعى في استرداد غير المستحق .

مثل التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد تُرول المدين عن حق  
هينى (كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن) ، وزوله عن وصية صادرة  
له ، وزوله عن اشتراط لمصلحته ، وإبرازه مديناً له إذ الإبراء تصرف قانونى  
صادر من جانب واحد فى التقنين المدنى الجديد ، ووقفه حيناً مملوكة له وفقاً  
خبرياً (بعد إلغاء الوقف الأهلى)<sup>(١)</sup> ، والأجازة الصادرة من المدين لتصحيح  
حقد قابل للإبطال إذا كانت صحت فضر بالدائنين<sup>(٢)</sup>.

ومثل التصرفات القانونية الصادرة من الجانبين ، تبرعاً أو معاوضة ، الهبة  
والبيع<sup>(٣)</sup> والمقايضة والوفاء بمقابل والشركة والصلح<sup>(٤)</sup> والاشتراط لمصلحة  
الغير<sup>(٥)</sup> . وسرى أنه يجوز أيضاً الطعن فى إعطاء تأمين للدائن لتقديمه على غيره  
من الدائنين ، وفى الوفاء لأحد الدائنين قبل حلول الأجل بل وعند حلوله .

## ٥٧٦ - صورته الدعوى البولصية - الترضل فى القسمة واقتراض

الخارج عن القسمة : وهناك صورتان خاصتان للدعوى البولصية ، هما التدخل  
فى القسمة واقتراض الخارج عن القسمة .

أما بالنسبة إلى التدخل فى القسمة ، فقد نصت المادة ٨٤٢ من التقنين المدنى  
على ما يأتى : ١١ - لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة حيناً أو أن  
يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ، ويرتب

(١) وقد نص التقنين المدنى السابق (٧٦/٥٣) صراحة على الوقف (استئناف أهل  
٥ يناير سنة ١٨٩٩ م ١٩ ص ١٩٢) .

(٢) بدهوى وبارد ١ لفرقة ٦٩٢ - بلاتيل وديير ودهوان ٧ لفرقة ٩٤٣ .

(٣) ويلاحظ أن الهبة والبيع فى مرض الموت بأمران حكم الوصية ، فلا يحتاج الدائن إلى  
الطعن فيها ولا فى الوصية ، فإنه يستوفى حقه من التركة قبل استيفاء الموصى له الوصية (نظرية  
العقد للولف لفرقة ٧٣٣ ص ٧٩١ عاشى رقم ٩) .

(٤) استئناف مخطط ١٧ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٠ - ويجوز الطعن فى الصلح  
بالدعوى البولصية حتى بعد تصديق المحكمة عليه (استئناف مخطط ١٩ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠  
ص ٢٩١) .

(٥) كما إذا أمن المدين لمصلحة أحد الدائنين أو لمصلحة أولاده ، فلدائن إذا نجح فى الدعوى  
البولصية أن يطلب على أنساق التأمين التى خرجت من مال المدين ، لا على مبلغ التأمين الذى هو  
حق مباشر لمشتروط لهم .

عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات ، ولذا كانت القسمة غير نافذة في حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقتلة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة . ٢ - أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش . . وهنا نرى الدعوى البولصية يستعملها الدائن ، لا لإصلاح ما وقع من الضرر ، بل لمنع الضرر قبل وقوعه ، فهو يتدخل في إجراءات القسمة حتى يراقب مدبته وبعينه من الإضرار بحقه . على أنه إذا تمت القسمة دون تدخل الدائن في إجراءاتها ، وتبين أن للدائن قد تعمد الإضرار بحقوق الدائن ، بأن أفرز مثلاً لنفسه نصيباً أقل مما يستحقه إضراراً بضمان الدائن ، فإنه يجوز للدائن بعد تمام القسمة أن يطعن فيها بالدعوى البولصية ، في صورتها العادية المألوفة ، لإصلاح ما وقع من الضرر ، مادام قد فاته أن يمنع هذا الضرر قبل وقوعه<sup>(١)</sup> .

وأما عن اعتراض الخارج من الخصومة على الحكم الصادر فيها ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ من تقنين المرافعات على أنه « يجوز لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها ، أن يعترض على هذا الحكم بشرط إثبات غش من كان يمثل أو تواطئه أو إهماله الجسيم . . . وهنا يطعن الدائن ، لا في تصرف قانوني صدر من مدبته ، بل في حكم صدر ضد مدبته نتيجة لتواطئه هذا المدب مع خصمه حتى يصدر الحكم ضده إضراراً بالدائن ، أو نتيجة لإهمال جسيم من المدب في دفاعه عن حقه . وغنى عن البيان أن الحكم الصادر على هذا الوجه ضد المدب كان يسرى في حق الدائن فينتقص من ضمانه العام ، لولا أن أجاز تقنين المرافعات الجديد - وكذلك لائحة تروليب الأحكام الشرعية ( م ٣٣٧-٣٣٨ ) وتقنين المرافعات المخطط ( م ٤١٨ ) دون

(١) وقد قضت محكمة الاسكندرية الكلية الأهلية بأنه وإن كانت المادة ٤٦٠ من ( ٨٤٢ جديد ) تحيز لأرباب الديون الشخصية التي حل أحد الشركاء للدخول في دعوى القسمة القائمة بين الشركاء ، فإن القسمة التي تحصل بدون حضورهم لا تجزئ لائحة ، بل يجوز إلغاؤها بناء على طلبهم إذا ثبت أنها أضرت بمحقوقهم ( ١٢ أكتوبر سنة ١٩٢٠ المجوعة الرسمية ٢٢ رقم ١/١٨ ) . انظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مخطط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣٢-١٥ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤١ - ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٠ - ٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٦-٢١ يولية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٥٢ .

تقنين المرافعات الأولى السابق - للدائن الطعن في الحكم عن طريق اعتراض الخارج من الخصومة<sup>(١)</sup> . وهذه الصورة من الطعن هي صورة خاصة للدعوى البولصية تتلاءم مع طبيعة الحكم . فإذا أثبت الدائن في الاعتراض الذي يرفعه ضد المحكوم له (م ٤٥٩ مرافعات) غش المدين أو تواطؤه أو إهماله الجسيم ، لم يصبح الحكم المطعون فيه حجة عليه ولم يسر في حقه . وتختلف هذه الصورة الخاصة عن الصورة المألوفة للدعوى البولصية في أمرين : (١) يكفى في هذه الصورة الخاصة أن يثبت الدائن إهمالا جسيما من المدين دون أن يثبت غشه . (٢) لا يستفيد من الطعن في هذه الصورة الخاصة إلا الدائن الذي رفع الاعتراض (م ٤٥٥ مرافعات) دون سائر الدائنين .

## المطلب الثاني

### تصرف مفقر

٥٧٧ - تصرف ينقص من حقوق المدين أو يزيد في التزاماته :  
ويجب أن يكون التصرف القاتن في الصادر من المدين تصرفاً ينقص من حقوقه<sup>(٢)</sup> أو يزيد في التزاماته ، وهذا هو المعنى المقصود بالتصرف المفقر (acte d'ap-pauvrissement)

على أن هذه العبارة - التصرف المفقر - كانت محدودة المعنى في عهد التقنين

(١) استئناف مخطوط ١٢ يولييه سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٤٦ - ٢ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨١ - ٤ يولييه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٢٨ - الأستاذ عبد الحميد أبو حيف في المرافعات فقرة ١٢٨٧ - الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٠٣ - ديمولوب ٢٥ فقرة ١٥٧ - لوران ١٦ فقرة ٧٧٢ - ميك ٧ فقرة ٢٧٤ - بودرى وباريه ١ فقرة ٦٩٣ - بلاكول وديبير ودوران ٧ فقرة ٩٤٤ .

(٢) ونفى عن البيان أن التصرف هنا معناه التصرف القاتن دون العمل المادى ، فإذا تزح المدين من المقار المرحون وحنا رسميا بعض توافيه الى احتيرت عقارا بالتخصيص وشملها الرهن على هذا الأساس ، فإن هذا العمل المادى لا يضمن فيه بالدعوى البولصية ، ولكنه باعتباره معا ينقص من ضمان الدائن قد يكون سببا في حلول أجل الدين أو في مطالبة الدائن المدين لتأمين تكميل ، كما تنقص بذلك الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٨ مدني (كفرن مع ذلك ديموج ٧ فقرة ١٠٦١ حيث يرى جواز الطعن بالدعوى البولصية في هذه الحالة) .

المدنى السابق ، إذ جرت تقاليد الدعوى البولصية على أن يكون التصرف المقرر هو التصرف الذى ينقص من حقوق المدين دون التصرف الذى يزيد فى التزاماته<sup>(١)</sup>.

مثل أن ينقص المدين من حقوقه أن يهب شيئاً مملوكه له أو يبرىء مديناً من حق له فى ذمته ، فقد أنقص حقوقه إذ تبرع بحق عينى فى حالة المدة وبحق شخصى فى حالة الإبراء<sup>(٢)</sup>. كذلك رفض المدين لوصية بعد إنقاصاً لحقوقه ويجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، لأن الموصى له يملك الشيء الموصى به بموجب الوصية ، فإذا رفضها بعد ذلك كان رفضه بمثابة زول عن شيء مملوك له. ويجوز للدائن ، بعد الطعن فى رفض المدين للوصية ، أن يقبلها باسمه ، فإن القبول هنا ليس مجرد رخصة بل هو حق يجوز للدائن استعماله باسم المدين وقد تقدم ذكر ذلك<sup>(٣)</sup>. كذلك إذا باع المدين شيئاً أو حقاً شخصياً فى ذمة مدين له بطريق الحوالة ، فقد أنقص من حقوقه حقاً عينياً أو حقاً شخصياً ، أما الثمن الذى قبضه فيجب أن نفرض أنه كان ثمناً بئساً أو أنه استطاع أن يخفيه أو يبدده بحيث لا يتمكن الدائن من التنفيذ عليه بمقتضى ، حتى يمكن القول بأن هذا التصرف المقرر كان سبباً فى إضرار المدين أو فى زيادة إعساره ، وهو شرط لازم فى الدعوى البولصية كما سنرى .

أما أن يزيد المدين فى التزاماته فكان فى عهد التقنين المدنى السابق ، كما سبق القول ، لا يعتبر تصرفاً مفقراً ، فكان لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية .

(١) استئناف مخطط ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٨ . انظر فى القانون الرومانى جايوس ٢ فقرة ١٩٥ .

(٢) كذلك يجوز الطعن فى قبول المدين لحكم صدر ضده ( استئناف مخطط ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ ) وفى إجازة المدين لتصرف كان قابلاً للاهتال ( استئناف مخطط ٣ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٧٤ ) .

(٣) بودى وبارد ١ فقرة ٦٥٦ — بلانيل وريير وروبان ٧ فقرة ٩٤٢ — الأستاذ عبد السلام ذكى فقرة ٣٤٤ — قارن دى ملتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٤٤ — فقرة ٤٥ ديمولومب ٢٥ فقرة ١٦٦ ص ١٦١ — وانظر عكس ذلك : سينا ٢ فقرة ٧١٨ ص ٣٢٤ — استئناف مخطط ١٥ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٤٢ — ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ .

انظروا فى إمكان الطعن فى رفض المدين لبيع أسابه من رعان أو « بانصيب » ، وهو بيع أصبح ملكاً له لرفضه بكونه إنقاصاً لحقوقه ، إك دى ملتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٤٦ .

فاستحدث الضمين المدني الجديد تعديلاً عاماً في هذه المسألة ، إذ نص صراحة في المادة ٢٣٧ ، كما رأينا ، على جواز الطعن بالدعوى البولصية «إذا كان التصرف قد أنقص من حق المدين أو زاد في التزاماته» ، وبذلك حالج حياً تقليدياً في الدعوى البولصية كان يستوقف النظر . فان المدين الذي يفترض حتى يزيد في التزاماته فيحصر<sup>(١)</sup> ، يضر بدائنه بالقدر الذي يضرهم به لو باع شيئاً مملوكة له فأنقص من حقوقه وكان هذا الإنقاص سبباً في إحصاره . فهو قد أضعف ضمان الدائنين في الحالتين بصل إلجائي ، ولا فرق بين أن يفعل ذلك بزيادة التزاماته أو بانقاص حقوقه ، فالنتيجة واحدة بالنسبة إلى الدائنين . فالمنطق إذن يقضي بجعل زيادة المدين لالتزاماته ، كإنقاصه لحقوقه ، تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية . وقد سار فعلاً على هذا الرأي بعض الفقهاء في فرنسا<sup>(٢)</sup> . ولكن تقاليد هذه الدعوى تأتي إلا أن يميز بين الشيتين ، ولا يجعل التصرف المفقر إلا ذلك النقص المادي في الحقوق ، وهو النقص المباشر الذي يقع تحت الحس ، بخلاف زيادة الالتزامات فهي لا تنقص الحقوق إلا بطريق غير مباشر<sup>(٣)</sup> . ويبنى على ذلك ، إذا نحن اتبعنا هذه التقاليد ، أن المدين بدلاً

(١) وعلى من البيان أننا نفترض أن المدين عندما افترض أخفى ما افترضه ، وإلا لما كان الافتراض سبباً في إحصاره أو في زيادة إحصاره حتى وجد مبلغ القرض في ماله ، إذ يكون في هذه الحالة قد أخفى بقدر ما افترض ، فلا يكون القرض أثر في إحصاره . وعلى هذا التفسير يطل بعض الفقهاء في فرنسا كيف أن زيادة الالتزامات ليست عرصة الطعن فيها بالدعوى البولصية ، هذا ما لم يكن المدين قد شاطر الدائن ما افترضه ، فيكون القرض في هذه الحالة سبباً في إقصائه ( بلاندهول وريير وبولانجييه ٢ فقرة ١٤٢٤ ) .

(٢) بودري وبارد ١ فقرة ٧٠٩ ص ٧٣٢ وفقرة ٦٧٠ — قارن أيضاً بلانديول وريير وبولانجييه ٢ فقرة ٣٠٨ .

ثم أن القضاء والفقهاء في فرنسا يميزان الدائن أن يطعن في قبول الوارث المدين لقرعة مصررة أو في قبول الزوجة المدينة لروكية المصرة . وامترض الدائن على عمل مدين في هذا القبول إما يفرم على أن المدين يزيه في التزاماته بأكثر مما يزيده في حقوقه ، بحيث أن زيادة الالتزامات على الحقوق يقترب منها إحصاره . فالصل الذي يطعن فيه الدائن هو إذن زيادة المدين لالتزاماته (نقص فرنس ٢٦ أبريل سنة ١٨٦٩ دالغوز ٦٩ ص ١ — ٢٣٩ — ديمولوب ١٤ فقرة ٥٥٧ و ١٧ فقرة ١١٤ و ٢٥ فقرة ١٥٥ — لوران ٩ فقرة ٣٦٤ و ١٦ فقرة ٤٧٨ — بودري وقال في الميراث ٢ فقرة ١٦٨٠ — فقرة ١٦٨١ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٢ ص ٧١٦ بلانديول وريير ورومان ٧ فقرة ٩٤٥ — دي باج ٢ فقرة ٢١٩ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٣) .

(٣) ديمولوب ٢٥ فقرة ٢٢٤ — أوبري ورو ٤ فقره ٣١٣ ص ٢١٠ — بلانديول —

مع أن يبيع شيئاً مملوكة له بشئ يحس إضراراً بدائتيه ، يشتري شيئاً بشئ باهظ متواطئاً مع البائع حتى يصبح هذا دائماً له بأشئ أى يبلغ جسم يكون شيئاً في إضراره ، فيصل من هذا الطريق إلى الإضرار بدائتيه حيث يصير عن ذلك من الطريق الأول ، ويكون ما أعطاه القانون من الحماية للدائن باليمين قد هلك منه بالشمال<sup>(١)</sup> . وهذه نتيجة لا يصح الوقوف عندها ، وكان الأولى عدم التشديد بتقليد القانون الروماني إلى هذا الحد . وهذا ما فعله التقنين المدني الجديد ، عند ما نص صراحة على جواز الطعن بالدعوى البولصية في تصرف المدين الذي يزيد في التزاماته<sup>(٢)</sup> . ومن ثم يجوز للمدين الطعن في عقد القرض الذي يقتضيه المدين بموجبه مبلغاً من المال يزيد في التزاماته فيسبب إضراره أو يزيد في هذا الإضرار ، وفي عقد الشركة الذي يلتزم المدين بموجبه أن يدفع مبلغاً من المال كحصة له في الشركة ويكون هذا الالتزام شيئاً في إضراره ، وفي عقد التأمين الذي يلتزم المدين بموجبه أن يدفع لشركة التأمين أقساطاً مرتفعة فيسبب هذا الالتزام إضراره<sup>(٣)</sup> ، وهكذا .

## ٥٧٨ - تفصيل دائم على أمر دونه من الوفاء لبعض الدائنين

دونه بعضي : وهناك تصرفان قانونيان كانا محلاً للجدل في عهد التقنين المدني السابق ، فخصهما التقنين المدني بنص حسم به الخلاف .

فقد يتفق المدين مع أحد الدائنين على إعطائه شيئاً خاصاً ، كرهن مثلاً ، يتقدم به على سائر الدائنين دون حق ، أى أنه ما كان ليتقدم لولا هذا الضمان الخاص . فهل يعتبر هذا التصرف تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى

— روبرير وردوان ٧ فقرة ٩٤٥ — على مجلس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٢٤ — نظرية العقد المؤقت فقرة ٧٣٤ .

(١) نظرية العقد فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٦ .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٦٣١ .  
(٣) بيدلن ولاجلارد ٨ فقرة ٦٤٨ — والمبرة بتاريخ التصرف الذي زاد في التزامات المدين ، فإن كان هذا التصرف قد صدر قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لم يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية تطبيقاً لأحكام التقنين المدني السابق ، وإلا جاز الطعن فيه تطبيقاً لأحكام التقنين المدني الجديد .

البولصية؟ كان الحكم مختلفاً عليه في عهد التقنين الملقى السابق . فكان هناك رأي يذهب إلى أنه لا يجوز الطعن في هذه الحالة ، حتى لو علم الدائن الذي حصل على هذا الضمان بفش. المدين ، ما دام هو يسمى للتأمين على حقه ، وهذا فرض مشروع<sup>(١)</sup> . فأورد التقنين الملقى الجديد نصاً صريحاً في هذه المسألة ، إذ قضت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٢ ، كما رأينا : بأنه «إذا لم يقصد بالفش إلا تفصيل دائن على آخر دون حتى ، فلا يترتب عليه لإحرامان الدائن من هذه الميزة» . ويخلص من هذا النص أن إعطاء المدين لأحد الدائنين ضماناً خاصاً يجعله يتقدم على سائر الدائنين دون حتى أى أنه ما كان ليتقدم عليهم لولا هذا الضمان ، يعتبر تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية . ويجب التميز في هذه الحالة بين فرضين ، فقد يكون الدائن حصل من المدين على هذا الضمان الخاص بغير مقابل ، وقد يكون أدى للمدين مقابلاً له . ففي الفرض الأول يكون التصرف تبرعاً ، ولا يشترط في جواز الطعن فيه بالدعوى البولصية غش الدائن الذي حصل على الضمان الخاص ، بل ولا غش المدين الذي أعطى هذا الضمان<sup>(٢)</sup> . أما في الفرض الثاني ، إذا أدى الدائن مقابلاً للضمان الذي حصل عليه ، كان مد في أجل الدين أو أعطى المدين أجلاً جديداً أو حط جزءاً من الدين ، فإن التصرف يكون معارضة . ويشترط إذن في جواز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، كما سنرى ، إثبات غش كل من المدين والدائن ، أى إثبات أنهما قصدا من هذا الضمان أن يتقدم الدائن دون حتى على سائر الدائنين . وفي الفرضين ، إذا نصح الطعن في التصرف ، اعتبر الضمان الخاص الذي حصل عليه الدائن غير نافذ في حق سائر الدائنين ، وفقد الدائن ميزة التقدم التي كان يسعى إليها من غير حتى<sup>(٣)</sup> .

(١) استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٤٩ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٨٩ ص ١٤١ .

(٢) بودري وبارد ١ فقرة ٦٦٩ — بلانيرول وريبير وودوان ٧ فقرة ٩٣٥ .

(٣) الأستاذ إسحاق غانم في أحكام الالتزام فقرة ١١٥ ص ١٥٤ — وقد يكون من أصل الضمان كليلاً مالياً ، فإذا كان الدائن قد أدى للمدين مقابلاً لهذا الضمان ، بأن مد مثلاً في أجل الدين أو منح المدين أجلاً جديداً أو حط جزءاً من الدين ، فإن التصرف يعتبر معارضة بالنسبة إلى الدائن وإن كان يعتبر تبرعاً بالنسبة إلى الكفيل المسمى . والميزة في الدعوى البولصية بمن حصل له التصرف ، فتتكون الميزة هنا بالدائن الذي حصل على الضمان ، ويكون التصرف =



وكان استيفاء أحد الدائتين حقه من المدين ، في عهد التفتين المدنى السابق .  
لا يستخلص منه تواطؤ هذا الدائن مع المدين للاضرار بحقوق الدائتين الآخرين ،  
حتى لو علم الدائن الذى استوفى حقه بفش المدين ، فان علمه بهذا الفشل ليس  
بدليل على أنه متواطئ معه ، إذ هو دائن يستوفى حقه ، فهو يسعى إلى فرض  
مشروع<sup>(١)</sup> . أما إذا كان الدين الذى وفاه المدين مؤجلا ، وجعل المدين الوفاء  
به متنازلا من الأجل ، فكان يجوز الطعن بالدعوى البولصية في الوفاء إذا ثبت  
تواطؤ المدين مع الدائن الذى استوفى حقه قبل حلول الأجل<sup>(٢)</sup> . وقد أورد  
التفتين المدنى الجديد نصا صريحا في هذه المسألة عدل من هذه الأحكام . إذ  
قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ ، كما رأينا ، بأنه «إذا وفى المدين المهر  
أحد دائتيه قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلا للوفاء ، فلا يسرى هذا الوفاء  
في حق باقى الدائتين . وكذلك لا يسرى في حقهم الوفاء ، ولو حصل بعد  
انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى  
استوفى حقه » . ويخلص من هذا النص أن كل وفاء قبل حلول الأجل يجوز  
الطعن فيه بالدعوى البولصية ، ويستبر التصرف هذا تبرعا ، فلا يشترط ، خلافا  
لما كان عليه الأمر في عهد التفتين المدنى السابق ، لا غش المدين الذى جعل  
الوفاء ولا تواطؤ الدائع الذى تصلحه . أما الوفاء عند حلول الأجل فيعتبر  
معاوضة ، لأن الدائن إنما استوفى حقه عند حلول أجله فلم يتبرع له المدين  
بشيء . ويجوز الطعن في هذا الوفاء بالدعوى البولصية ، خلافا لما كان عليه الأمر

= معاوضة . فيشترط إذن ، حتى يطعن دائنو الكفيل الذى في تصرفه بالدعوى البولصية ، أن  
يثبتوا غش الكفيل الذى غش الدائن الذى حصل منه حل الضمان (استئناف مخطط ٣١ يناير  
سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٧ - ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٧ - ٣٠ مايو سنة  
١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ - بلاتويل وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٣٥ ص ٢٦٦ وقانون فقرة  
٩٥٠ - نظرية المؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ - قارب أوبرى ورد  
فقرة ٣١٣ ص ٢٠٩ .

(١) دى غلس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٢٣ - هاتون ١ ص ٣٤٢ - نظرية العقد  
للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ - استئناف مخطط ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢  
ص ٣٧٢ - ١٣ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٦ - انظر أيضا : ديمولم ٢٥  
فقرة ٢٢٥ - بودى وبارد ١ فقرة ٦٩٥ - بلاتويل وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٨ .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ - انظر أيضا بلاتويل  
وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٤٨ ، وقانون بودى وبارد ١ فقرة ٦٩٥ حيث يكفيان جعل  
الدائن الذى استوفى حقه قبل الأجل يرد لفوائده القانونية من المدة التي كانت باقية من الأجل .

في عهد التقنين المديني السابق حيث كان هذا الطعن غير جائز . ولكن يشترط للطعن في الوفاء عند حلول الأجل ما يشترط في المعاوضات ، فيجب إثبات غش المدين الذي وفي بدينه وتواطؤ الدائن الذي استوفى حقه <sup>(١)</sup> .

ونلاحظ هنا أنه إذا جاز أن يقال أن تفضيل المدين لأحد دائنيه بترتيب رهن لمصلحته يتضمن معنى إنقاص حقوق المدين ، فإنه لا يمكن أن يقال إن الوفاء لأحد الدائنين قبل غيره فيه إنقاص لحقوق المدين أو زيادة في التزاماته . ولكنه تصرف يضر على كل حال بالدائنين الآخرين ، إذ ينقص نسبة ما يأخذونه من مدينهم الممسر وفاء لحقوقهم ، ما دام أحد الدائنين قد استوفى حقه كاملاً . ومن ثم عني التقنين الجديد أن يورد نصاً خاصاً في هذه المسألة <sup>(٢)</sup> .

- (١) أما الوفاء بمقابل (dation en paiement) فكان ، في عهد التقنين المديني السابق ، يجوز الطعن فيه بالدهوى البولسية إذا كان المقابل الذي أعده الدائن زيد كثيراً على حقه ، بحيث يستخلص من ذلك تواطؤ المدين مع الدائن للأغراض بالدائنين الآخرين (استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ — نظرية المقعد للزولف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ وانظر : بودري وبارد ١ فقرة ٦٩٥ — بلانويول وريبير ورد وان ٧ فقرة ٩٤٩ ) . أما إذا كان الدائن لم يأخذ بمقابل له إلا قيمة تعادله ، فلا يجوز الطعن في الوفاء بمقابل (استئناف أهل ١٧ مايو سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٩١ / ٢ ص ٥٥٥ — ٢٧ مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٩ ص ٨٤ — استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٧٩ — ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧ — ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٢ — نظرية المقعد للزولف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٣ هامش رقم ١ . وانظر : لوران ١٦ فقرة ٤٨١ — بودري وبارد ١ فقرة ٦٦٣ ) . وقد قضت محكمة النقض بأن القول بانتفاء التواطؤ المبطل لتصرف المدين في حق الدائن كلما كان التصرف صادراً إلى دائن توفية لهيته غير صحيح على إطلاقه ، إذ هو ، إن صح في حالة تعادل مبلغ الدين وقيمة المبيع ، لا يصح في حالة تفاوتهما تفاوتاً من شأنه أن يفيد أن التصرف لم يكن مجرد توفية دين فحسب (نقض مديني ٩ يونيو سنة ١٩٤٩ مجموعة صر ٥ رقم ٤٣٢ ص ٧٩٦ — قارن أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة صر ٤ رقم ٤٢ ص ١٠٣) . أما في عهد التقنين المديني الجديد فعزى أن الوفاء بمقابل يأخذ حكم الوفاء : فإن كان الوفاء بمقابل قد حصل قبل حلول الأجل ، فإنه يجوز الطعن فيه بالدهوى البولسية ، حتى لو كان المقابل يعادل مبلغ الدين ، وحتى لو لم يتبث النش . وإن كان الوفاء بمقابل قد حصل منذ حلول الأجل ، فإنه يجوز الطعن فيه بالدهوى البولسية إذا ثبت النش ، حتى لو كان المقابل يعادل مبلغ الدين . والبررة بوقت حصول الوفاء أو الوفاء بمقابل ، فإن حصل قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ طبقت أحكام التقنين السابق ، وإلا طبقت أحكام التقنين الجديد .
- (٢) انظر في تفصيل دائن على آخر وفي الوفاء لأحد الدائنين المفكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٣٩ — ٦٣٢ .

## ٥٧٩ - امتناع المدين من زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته :

أما إذا امتنع المدين من زيادة حقوقه أو من إنقاص التزاماته ، كما إذا رفض حبة أو أقر بدينين في حذبه تقادم سنة واحدة وفقاً للمادة ٣٧٨ مدني<sup>(١)</sup> . فظاهر أن هذا العمل ، وإن أضر بالدائن ، ليس بعمل مفقر ، وليس للدائن أن يشكو منه ، فإنه لم يجرد المدين من حق كان داخلاً في ضمان الدائن ولم يقل كاحله بدين جديد يضيف من هذا الضمان<sup>(٢)</sup> .

وكان مقتضى ما قلناه أن المدين إذا امتنع عن التمسك بالتقادم لكسب حق أو اسقاط التزام ، فليس للدائن أن يظن في ذلك ، لأن المدين لا يكسب الحق

(١) وتقضى هذه المادة بأنه يجب حل من يتسلك بأن الحق قد تقادم سنة أن يحلف المدين حل أنه أدى الدين فضلاً ، فحسب السنة وحده لا يقضى الدين ، بل لا بد فوق ذلك من بين المدين . فإذا رفض المدين حلف المدين وأقر بالدين ، لم يكن بإقراره هذا قد زاد في التزاماته ، بل يكون قد امتنع من انقاصها . ثم أن دأته ، خلافاً لما تقتضيه به الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدني ، لا يجوز لم يأسه أن يتسكك بالتقادم ، ولا أن يحلفوا المدين مكانه ، فإن هذا أمر شخصي يعلق بلمة المدين .

وإذا أبرأ دائن ذمة المدين من الدين ، فرد المدين الإبراء ، كان هذا الرد وفقاً للتقنين المثلث الجديد تصرفاً مفقراً يجوز الطعن فيه بالدعوى البولسية ، لأن الإبراء في هذا التقنين تصرف يتم بإرادة الدائن وحده ، فبمجرد صدوره من الدائن يسقط الدين ، فإذا رد المدين الإبراء عاد الدين ، فيكون المدين برد الإبراء قد زاد في التزاماته . أما الإبراء في التقنين المثلث السابق فكان لا يتم إلا بإيجاب من الدائن وقبول من المدين ، فرفض المدين للإبراء كان معتدلاً به امتناعاً من إنقاص التزاماته ، فلم يكن يجوز الطعن فيه بالدعوى البولسية ( نظرية المقعد المؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٤ ) .

والزول من الميراث يعتبر في فرنسا امتناعاً من زيادة الحقوق ، وبذلك قضت محكمة الاستئناف المخططة بالنسبة إلى الأجانب ( أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٤٨ ) . أما في الشريعة الإسلامية فنزول الوارث من ميراثه يعتبر إنقاصاً لحقوقه .

(٢) بودوي وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٢ — هالتون ١ ص ٣٤١ — دي ملس ١ فقرة ٧٣٤ البولسية فقرة ١٣ — هالتون ٢ ص ١١٣ — نظرية المقعد المؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٤ — هذا إلى أنه لو فرض أن الدائن سمح له بالظن في عدم قبول المدين حبة أو في إقراره بالدين بعد تقادم سنة واحدة ، فإن هذا الظن لا يعود بفائدة على الدائن ، لأنه بعد ذلك لا يستطيع أن يقبل الحبة أو أن يتسكك بالتقادم سنة واحدة ، إذ القبول والتسكك في حالتين مختلفتين مجرد رخصة لا يجوز استمالها باسم المدين ، وما على كل حال متصلة بشخص المدين ( بودوي وبارد ١ فقرة ٦٥٦ ص ٦٦٣ — ٦٦٤ — بلانويول وريبير ودهوان ٧ فقرة ٩٣٩ ص ٩٤٠ — ييدان ولاجلارد ٨ فقرة ٦٤٧ ) .

ولا يسقط الالتزام إلا إذا تمسك بالتقادم ، فإذا رفض التمسك به فلا يكون قد أنقص حقوقه أو زاد في التزاماته ، بل يكون قد امتنع عن زيادة حقوقه أو عن إنقاص التزاماته . غير أن المادة ٣٨٨قرة ثانية من التفتين المدني<sup>(١)</sup> قضت بأن الزول من التقادم المسقط لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم<sup>(٢)</sup> ، وبهذا ألحكم أيضاً قضت المادة ٩٧٣ بالنسبة إلى التقادم المكسب . وقد قدمنا أن للدائن ، فوق ذلك ، أن يتمسك بالتقادم ، مسقطاً كان أو مكسباً ، بالنيابة عن مدنيه ، مع أن التمسك بالتقادم يعد رخصة لا حقاً ( م ٣٨٧ و ٩٨٣ مدني ) . ويخلص من ذلك إنه بالرغم من أن التمسك بالتقادم رخصة لاحق ، إلا أن الدائن يستطيع استثناء أن يستعمل هذه الرخصة نيابة عن مدنيه بموجب النص الصريح ، وبالرغم من أن الزول عن التقادم ليس تصرفاً نفقراً بل هو عمل يتمتع به المدين عن زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته ، إلا أن الدائن يستطيع استثناء أن يطلع فيه بالدعوى للبولصية بموجب النص الصريح<sup>(٣)</sup> .

## ٥٨٠- الحق الذي تصرف فيه المدين يجب أنه يكون مغيراً للمدين:

وحتى يكون للدائن مصلحة في الطعن في تصرف المدين بالدعوى البولصية ، يجب

(١) وبمقابها المادة ٢٢٢٥ من التفتين المدني الفرنسي .

(٢) ولما كان الزول عن التقادم يعد تمامه يعتبر نبرماً ، فإن المسادة ٣٨٨ فقرة ٢ مدني ثم تفسر غش المدين ، لأن النش لا يشترط في التبرعات . أما في التفتين المدني السابق ( م ٢٧٠/٢٠٦ ) فقد كان النص يشترط غش المدين ( أنظر في تبرير ذلك نظرية العقد المؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٠ هامش رقم ٢ ، وانظر مع ذلك استئناف مخطط ١٨ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٨ حيث لا يشترط الحكم النش الطعن في الزول عن التقادم ) .

(٣) بلانويول وريبير ووردوان ٧ فقرة ٩٤١ - كولان وكابيتان وموراندي ٢ فقرة ٤٤٧ - وقارن بودري وبارد ١ فقرة ٦٥٩ ص ٦٦٥ و فقرة ٦٩٤ وبودري وتيسيه فقرة ١١٦ - فقرة ١١٧ ، حيث يذهبون إلى أن التقادم في ذاته يكسب الحق أو يسقط الالتزام ، وعلى ذلك تكون المادة ٢٢٢٥ من التفتين المدني الفرنسي ( وهي التي تقابل المسادة ٣٨٨ من التفتين المدني المصري كما قدمنا ) ليست استثناء لامن قواعد الدعوى غير المباشرة ولا من قواعد الدعوى البولصية ، إذ المدين يكون قد كسب حقاً يستعمله مدنيه نيابة عنه ، وبالزول عنه يكون قد أنقص من حقوقه أو زاد في التزاماته فيجوز الطعن بالدعوى البولصية ، وقد سبقنا الإشارة إلى أن من رأى هؤلاء الفقهاء أن التصرف الذي يزيد به المدين من التزاماته يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية في القانون الفرنسي . وانظر في هذه المسألة في التفتين المدني السابق نظرية العقد المؤلف فقرة ٧٣٤ ص ٧٩٤ هامش رقم ١ .

أن يكون الحق الذي تصرف فيه المدين يستطيع الدائن أن يستوفى منه حقه ، وإلا لم تكن له مصلحة في الطعن . فإذا كان هذا الحق مثقلاً بحق عينية للغير تستغفره ولا تدع منه شيئاً للدائن<sup>(١)</sup> ، أو كان الحق لا يجوز للحجز عليه كالميراث والنفقة والملكية الزراعية الصغيرة<sup>(٢)</sup> ، فإن الدائن لا تكون له مصلحة في الطعن في تصرف المدين ، ومن ثم لا يجوز له أن يرفع الدعوى البولصية<sup>(٣)</sup> .

على أن هناك من الأموال ما لا يجوز الحجز عليه ، ولكنه ينتج غلة يجوز الحجز عليها . فالمستحق في وقف — عندما كان الوقف الأهل جازراً — حقه في الوقف غير قابل للتصرف فيه ولا للحجز عليه ، ولكن غلة هذا الوقف ، وهو نصيبه في الاستحقاق ، قابل للحجز . كذلك الملكية الزراعية الصغيرة التي لا تزيد على خمسة الأفدنة لا يجوز الحجز عليها ، ولكنها تنتج ريعاً يجوز للدائن أن ينقل عليه بحقه . فإذا تصرف المستحق في الوقف في نصيبه في الغلة إضراراً بدائته جاز للدائن أن يطعن في التصرف ، وإذا باع المدين خمسة الأفدنة جاز أيضاً للدائن الطعن في هذا التصرف فلا يسرى عليه بقدر ماله في ذلك من مصلحة أي بقدر غلة الأرض<sup>(٤)</sup> .

كذلك لا يجوز الطعن في تصرف المدين إذا لم يؤد هذا الطعن إلا إلى ضرورة استعمال الدائن لحق متصل بشخص المدين ، وذلك كما إذا نزل الواهب عن حقه في الرجوع في الهبة ، فلا فائدة من الطعن في هذا النزول ، إذ يفرض أن الدائن قد نجح في طعنه وعاد الواهب حقه في الرجوع في الهبة ، فإن الدائن لا يستطيع أن يستعمل هذا الحق باسم المدين لأنه متصل بشخصه<sup>(٥)</sup> .

(١) استئناف مخطط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨ — بلانيول وريبير وروان ٧ فقرة ٩٢٨ .

(٢) استئناف مخطط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٧ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٤ — بين سوفي الكلية ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٣١ — بين سوفي الجزئية أول يولي سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٧٧ — بين الكوم الجزئية ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١٠٣ .

(٣) نظرية العقد المؤقت فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٦ — ٧٨٧ ص ٧٨٧ .

(٤) نظرية العقد المؤقت فقرة ٧٣٢ ص ٧٨٦ حاشي رقم ٢ . وانظر : بودري وهارد ١ فقرة ٦٩٨ — بلانيول وريبير وروان ٧ فقرة ٩٤٦ .

(٥) ديمولوبس ٢٥ فقرة ١٦٩ — لوران ١٦ فقرة ٤٧٣ — بودري وهارد ١ —

### المطلب الثالث

#### نصرف نال في الوجود خلق الدائن

٥٨١ - ارتباط هذا الشرط بشرط غنى المدين : ويجب أخيراً أن يكون التصرف الصادر من المدين تالياً في الوجود لخلق الدائن الذي يضمن في هذا التصرف<sup>(١)</sup> . وذلك لأن حق الدائن إذا لم يكن متقدماً على التصرف المطعون فيه ، لم يكن للدائن وجه للتظلم ، إذ لم يوجد حقه إلا بعد صدور التصرف من المدين وفي وقت لم يكن الحق الذي تصرف فيه المدين جزءاً من ضمانه حتى يقال إنه اعتمد على وجود هذا الحق . ولا يمكن أن نتصور وجود الفسخ في جانب المدين ، وإنه أراد بتصرفه الإضرار بدائن لم يكن موجوداً وقت التصرف ، إلا في فرض واحد ، هو أن يكون المدين قد صدر منه التصرف متوقفاً أنه سيصبح مديناً في وقت قريب ، فقصده بتصرفه الإضرار بالدائن

= فترة ٦٩٧ - بلانيرول وريير وردوان ٧ فترة ٩٤٧ - حل أنه يجوز الطعن في تصرف صادر من المدين حتى لو كان هذا التصرف يتضمن استهلاكاً لخلق متصل بشخصه ، كما إذا أقرض ببنوة ولد ليس له حتى تجب عليه النفقة أضراراً بالدائن ( نظرية المقعد للزلف فترة ٧٣٣ ص ٧٩٢ ) .

(١) استئناف أهل ٢ يولية سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٧ - استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ الحاماة ٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٣ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ الحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ - ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ١٤٧ ص ٢٦٧ - استئناف مخطوط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤٦ - ٢٠ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ - ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ - ٥ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١١٣ - ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٥ - ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٧١ - ٧ يولية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ - ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٢ ص ٧٩ - ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ - ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ - ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٩ - ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ - ٤ يولية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٩ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ - ديرانتون ٢٠ فترة ٥٧٣ - توكيه ٦ فترة ٣٥١ - ديولوب ٢٥ فترة ٢٣٢ - لوران ١٦ فترة ٤٦٠ - عيك ٧ فترة ٢١٩ - أوبري ورو ٤ فترة ٣١٢ ص ١٩٨ - ١٩٩ - بودوي وبارد ١ فترة ٦٨٧ - بلانيرول وريير وردوان ٧ فترة ٩٥٦ - واليون ٢ ص ١١٤ - نظرية المقعد للزلف فترة ٧٣١ ص ٧٨٣ حاشي رقم ١ .

المستقبل ، وذلك كأن يبيع ، في وقت يسمى فيه لمقصد قرض ، عيناً مملوكة له ، ثم يقرض بعد ذلك وقد اطمأن إلى أن المقرض لا يستطيع التنفيذ على العين بعد أن باعها . في مثل هذا القرض يجوز للدائن - رغمًا من أن حقه تال لتصرف المدين - أن يضمن في هذا التصرف بالدعوى البولصية ، لأن الفسخ في جانب المدين قد توافر <sup>(١)</sup> .

ونرى من ذلك أن اشتراط تأخر تصرف المدين على حق الدائن في الوجود ليس في الواقع إلا عتصراً من عناصر شرط الفسخ في جانب المدين ، إذ لا يمكن توافر هذا الشرط عادة إلا إذا كان تصرف المدين تالياً لحق الدائن ، فإذا أمكن توافر الفسخ دون هذا التأخر ، فالتأخر لا يشترط <sup>(٢)</sup> .

٥٨٢ - مقاررة بالدهوى غير المباشرة : وقد رأينا في الدهوى غير المباشرة أن تاريخ وجود الحق الذي يستعمله الدائن لأهمية له ، فقد يكون تالياً لحق الدائن وقد يكون سابقاً عليه ، لأن الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين موجود في أموال المدين حتى لو كان سابقاً على حق الدائن ، فهو إذن جزء من ضمان الدائن . وهذا بخلاف الدهوى البولصية لو كان المدين قد تصرف في الحق قبل ثبوت حق الدائن ، فإن حق المدين يكون قد خرج من ماله قبل أن تثبت للدائن صفته ، فهذا الحق لم يكن إذن جزءاً من ضمان الدائن <sup>(٣)</sup> .

---

(١) استئناف مخطط ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٧٠ - ٥ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٠٤ - ٢٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٥ - لوران ١٦ فقرة ٤٦٢ - هلك ٧ فقرة ٢١٩ - بوردو وبارد ١ فقرة ٦٨٩ - بلانول وديبر ورومان ٧ فقرة ٩٥٦ - والقانون ٢ ص ١١٤ - ص ١١٥ - نظرية القيد لولف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ هامش رقم ٠٢ .  
ومثل ذلك أيضاً أن يفتق المدين مقارراً ثم يقرض (استئناف مخطط ٢٢ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٤ ص ٥١) .

(٢) جروبيه ٢ فقرة ٤٤ وما بعدها - بلانول وديبر ورومان ٧ فقرة ٩٥٦ - نظرية القيد لولف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٣ - ص ٧٨٤ - انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للشروح التمهيدية في مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٦٣٢ - أما في التبرعات ، في القانون المصري ، حيث لا يشترط الفسخ ، فاشتراط تأخر تصرف المدين على حق الدائن إنما يكون عتصراً من عناصر القيد .

(٣) نظرية القيد لولف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ .

### ٥٨٣ - العبرة بتاريخ وجود من الدائن له بتاريخ استحقاقه وتاريخ

صدور التصرف له بتاريخ شهره : ولما كان الشرط هو أن يتأخر تصرف المدين عن حق الدائن في الوجود ، فالعبرة في المقارنة بين التأخيرين بتاريخ حق الدائن في الوجود لا في الاستحقاق ، وتاريخ صدور التصرف لا بتاريخ شهره .

العبرة بتاريخ حق الدائن في الوجود لا في الاستحقاق ، فلو كان الحق موجوداً قبل صدور التصرف ، ولو كان غير مستحق الأداء أو كان غير خال من النزاع ، فللدائن رفع الدعوى البولصية ولكن بعد أن يصبح الحق مستحق الأداء خالياً من النزاع . فيستطيع الدائن المعلق حقه على شرط واقف أو المقترن بأجل واقف ، عند تحقق الشرط أو عند حلول الأجل ، أن يظعن بالدعوى البولصية في تصرف صدر من مدينه قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل ، أى في وقت كان حقه فيه غير مستحق الأداء ، ما دام هذا الحق أصبح مستحق الأداء وقت رفع الدعوى البولصية . فالواجب هو أن يكون حق الدائن سابقاً في الوجود لأى الاستحقاق على تصرف المدين ، ولا شك في أن الحق المعلق على شرط أو المقتن بأجل يعتبر موجوداً قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل ، فيكون سابقاً في الوجود على تصرف المدين<sup>(١)</sup> . وإذا تصرف المدين في وقت كان الدائن قد رفع دعواه يطلب الحكم بحقه المتنازع فيه ، وكان الدافع للمدين على التصرف توقيعه صدور الحكم عليه في دعوى الدائن ، فللدائن ، بعد أن يصدر على حكم لمصلحته فيصبح حقه خالياً من النزاع ، أن يظعن في تصرف المدين ، لأنه إذا كان هذا التصرف قد سبق الحكم ، فإن الحكم ليس منشأً لحق الدائن بل هو مقرر له ، فالحق موجود قبل صدور التصرف من المدين<sup>(٢)</sup> .

(١) نظرية القند للولف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٢ هامش رقم ٣ .

(٢) استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ اتهامات ١٠ رقم ٢٢٠ ص ٤٤٢ - استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ - ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٨ - ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ - لوران ١٦ فقرة ٤٦١ - جيك ٧ فقرة ٢١٧ - بوردى وبارد ١ فقرة ٦٨٨ - بلاتيونك وديير وردوان ٧ فقرة ٩٥٧ - دي هلتس ١ في الدعوى البولصية فقر ٥٣ - ولتون ٢ ص ١١٤ - ص ١١٥ - نظرية القند للولف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ .



والعبارة في التصرف الصادر من المدين بتاريخ صدوره، لا بتاريخ شهره فإن كان من التصرفات التي تستوجب الشهر : فإذا كان التصرف الصادر من المدين يوماً مثلاً ، وجب أن يكون صدور البيع تالياً لثبوت حتى الدائن ، أما إذا كان سابقاً ، فليس للدائن أن يطعن في البيع حتى لو لم يسجل إلا بعد ثبوت حقه (١).

#### ٥٨٤ - كيفية إثبات أنه تصرف المدين نال في التاريخ لدى المرائي:

يقى أن نعرف كيف يمكن إثبات أن تصرف المدين نال في التاريخ لدى الدائن .  
تقتضى القواعد العامة بأن الدائن ، وهو الذي يطعن في تصرف المدين ، يعمل عبء إثبات أن حقه سابق في الوجود على صدور التصرف المطعون فيه ، لأن هذا شرط من شروط الدعوى البولصية ، والدائن الذي يستعمل الدعوى هو المكلف بإثبات توافر جميع شروطها .

فإن كان مصدر حق الدائن عملاً مادياً ، فمن السهل إثبات تاريخ وجود هذا الحق بالرجوع إلى الوقت الذي تم فيه العمل المادى المنتهى للحق. ويكون تاريخ تصرف المدين ، ولو كان تاريخاً عرفياً غير ثابت ، حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ، لأن الدائن لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا التاريخ قبل أن يثبت أن شروط الدعوى البولصية قد توافرت . فإذا كان تاريخ التصرف متأخراً على تاريخ العمل المادى ، فقد ثبت بذلك أن حق الدائن سابق في الوجود على تصرف المدين . أما إذا كان تاريخ التصرف متقدماً على تاريخ العمل المادى ، ولم يكن تاريخاً ثابتاً ، فللدائن أن يثبت بجميع الطرق أن هذا التاريخ قد قدم عمداً ليكون سابقاً على حقه بقصد حرمانه من الدعوى البولصية (٢).

وإن كان مصدر حق الدائن عقداً ، وكان له تاريخ ثابت ، فهذا التاريخ الثابت يكون حجة على من حصل له التصرف . ولكن تاريخ التصرف ،

= ويلاحظ أن الحق الناتج من الحساب الجارى لا يعتبر وجوده من وقت افتتاح الحساب ، بل من وقت وجود الرصيد (استئناف مخطط ٤ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٩) .

(١) استئناف مصر ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٨٩١ رقم ٥٢٦ — بودى وبارد ١ فقرة ٦٩٠ — بلانيرول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٥٧ — نظرية القصد المؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ — قارن الأستاذ عبد السلام ذكى في الالتزامات ص ٣٤٩ .  
(٢) قارن نظرية القصد المؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ .  
(٣) ٦٥ م لقرسوط — ٢٤

ولو كان تاريخاً غير ثابت ، يكون أيضاً حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس لأنه ليس من الغير قبل أن يثبت توافر شروط الدعوى البولصية كما قدما . ومن ثم إذا كان التاريخ غير الثابت للتصرف متقدماً على التاريخ الثابت لحق الدائن ، كان للدائن أن يثبت بجميع الطرق أن التاريخ قدم عمداً بقصد حرمانه من الدعوى البولصية<sup>(١)</sup> . وغنى عن البيان أن التصرف إذا كان له تاريخ ثابت ، فإن مقارنة هذا التاريخ بالتاريخ الثابت لحق الدائن تمكن من معرفة أى التاريخين هو الأسبق .

أما إذا كان المقد الذى أنشأ حق الدائن غير ثابت التاريخ ، فقد كان ينبغي ألا يكون هذا التاريخ حجة على من حصل له التصرف ، لأنه من الغير وقد قلنا أن الغير لا يحتاج عليه إلا بالتاريخ الثابت . ولكن لأسباب عملية أخف لتقنين المصرى الجديد أن يشترط ثبوت تاريخ حق الدائن ، اقتداء بالمشروع الفرنسى الإيطالى ، لأن الدائن - كما تقول المذكرة الإيضاحية<sup>(٢)</sup> - « يفاجأ في أغلب الأحيان بالتصرف الضار دون أن يكون قد احتاط من قبل لإثبات تاريخ سند الدين » . ومن ثم يكون التاريخ غير الثابت لحق الدائن حجة على من

(١) قارن نظرية المقدم للمؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ هامش رقم ٢ .

(٢) وهذا ما تقول المذكرة الإيضاحية : « وقد كان في الواسع أن يفترض ثبوت تاريخ الدين لإقامة الدليل على تقدمه على التصرف ، بيد أن المشروع أثر إغفال اشتراط ثبوت التاريخ المقصد بالمشروع الفرنسى الإيطالى ، لا سيما أن القضاء المصرى قد جرى على ذلك ... والواقع أن الدائن يفاجأ في أغلب الأحيان بالتصرف الضار دون أن يكون قد احتاط من قبل لإثبات تاريخ سنده الدين . ولكن من المسلم أن صبه لإقامة الدليل على تقدم الدين . بطرق الإثبات كافة ، يقع على عاتق الدائن » ( مجموعة الأعمال التصحيحية ٢ ص ٦٢٢ ) .

ويلاحظ أنه كان لا يمكن إغفال اشتراط ثبوت التاريخ ، بل كان يجب أن ينص المشرع صراحة على أن ثبوت التاريخ لا يشترط ليكون التاريخ حجة على المتصرف إليه ، كما فعل المشروع الفرنسى الإيطالى ( ١٠٧٢ فقرة أول ) . فإن لم يوجد نص صريح في هذا المعنى وجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن المتصرف إليه من الغير فلا يحتاج عليه إلا بالتاريخ الثابت . على أنه يمكن القول إن المتصرف إليه يكون عادة س.ب. التنية في الدعوى البولصية ، ومن أثبت الدائن سوء نيته جاز له أن يثبت عليه بالتاريخ غير الثابت ، لأن المتصرف إليه لا يستطيع أن يتسلح بوجود أن يكون التاريخ ثابتاً إلا إذا كان حسن نية ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك ( انظر في هذا المعنى بمرضى وبهارد ١ فقرة ٦٩١ ص ٧١٥ ، وقارب أوبرى دور ٤ فقرة ٢١٣ ص ١٩٩ هامش رقم ١٥ - وانظر مكس ذلك : لوران ١٦ فقرة ٤٦١ - ميدان ولاجلارد ٨ فقرة ٦٩٠ ) .

حصل له التصرف ، إلى أن يثبت هذا أن التاريخ قدم عمداً بالتواطؤ بين الدائن والمدين حتى يستطيع الدائن الطعن في التصرف بالدعوى البولصية<sup>(١)</sup> . ويكون تاريخ التصرف حجة على الدائن كما قلنا ، فإن كان تاريخاً ثابتاً كانت حجته مطلقة<sup>(٢)</sup> ، وإن كان تاريخاً غير ثابت كان حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس . ومن ثم إذا كان تاريخ التصرف غير ثابت ، وكان متقدماً على التاريخ غير الثابت لحق الدائن ، جاز للدائن أن يثبت بجميع الطرق أن تاريخ التصرف قد قدم عمداً بقصد حرمانه من الدعوى البولصية<sup>(٣)</sup> .

## المبحث الثالث

### الشروط التي ترجع إلى المدين

٥٨٥ - شرطاه رئيسيهما : أما الشروط التي ترجع إلى المدين فتعود إلى شرطين رئيسيين : (أولاً) الإعسار (ثانياً) الفسح والتواطؤ<sup>(٤)</sup> .

(١) والمراجع في الفقه الفرنسي أن المتصرف له ، وهو معتبر من الغير ، لا يصح عليه إلا بالتاريخ الثابت : بلاكول وريبير وروبران ٧ فقرة ٩٥٧ ص ٢٨٨ — بديان ولا جارد ٨ فقرة ٦٤٠ — كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٤٨ — جوسران ٢ فقرة ٩٩٦ — دالموز أنسيلو بدي (action paulienne) فقرة ٣٨ — فقرة ٣٩ — قارن أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٩ وحاشي رقم ١٥ — بوردو وبارد ١ فقرة ٦٩١ ص ٧١٤ — ديوج ٧ فقرة ١٠٥٧ .

وقد سار القضاء البنائي على عدم ضرورة التاريخ الثابت لحق الدائن ( قرار محكمة الاستئناف الغرفة الأولى ٢٠ كانون الأول سنة ١٩٤٨ رقم ٥٠٠ ، النشرة القضائية ١٩٤٩ ص ٤٦٣ — الدكتور صبحي المصصافي في آثار الالتزام في القانون اللبناني ص ٦٣ ) . وفي القانون العراقي يرى الدكتور حسن الذنون وجوب ثبوت التاريخ لحق الدائن ( أحكام الالتزام في القانون العراقي ص ٨٨ — ص ٨٩ ) .

انظر في هذه المسألة في التقنين المدني المصري السابق : نظرية العقد المؤلف فقرة ٧٣١ ص ٧٨٤ — الأستاذ أحمد حشمت أبرسميت في نظرية الالتزام فقرة ٦٤٣ ص ٤٨٢ — الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٤٨٠ ، وفي التقنين المدني الجديد الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٥٢ — ص ١٥٣ .

(٢) إلى حد الطعن بالتزوير بدهاعة .

(٣) انظر في هذه المسألة آنفاً فقرة ١١٩ ص ٢١٥ — ص ٢١٧ .

(٤) أما وارث المدين فلا يشترط فيه شيء من ذلك ، وهو لا يستطيع بيع عين من أعيان =

## المطلب الأول الاعسار

٥٨٦- - تصرف المدين بسبب إعساره أو يزيد في إعساره : يشترط في الدعوى البولصية أن يكون المدين معسراً ليست عنده أموال يكفي لوفاء حق الدائن .

والمدين إما أن يكون غير معسر قبل صدور التصرف الطعن فيه فيجب أن يكون هذا التصرف هو السبب في إعساره ، وإما أن يكون معسراً قبل صدور التصرف فيجب أن يزيد التصرف في إعساره <sup>(١)</sup>. وهذا ما تقتضيه المادة ٢٣٧ من التكتين المدني، وقد تقدم ذكرها .

= المذكرة إلا بعد سداد الدين ، ولا يجوز للشئ من الوارث، ولو سجل البيع ، أن يطلب من ذائن المذكرة توافر شروط الدعوى البولصية ( استئناف مصر ٦ أبريل سنة ١٩٤١ الحاماة ٢٢ رقم ٤٦ ص ٩٤ ) .

(١) استئناف أهل ٦ نوفمبر سنة ١٩١٢ الجمعية الرسمية ١٤ رقم ١٩ ص ٣٥- استئناف مصر ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ الحاماة ٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٢ - ١٣ مارس سنة ١٩٢٨ الحاماة ٨ رقم ٥٣٦ ص ٨٩١ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ الحاماة ١٠ رقم ٤٣٥ ص ٨٦٤ - ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ١٤٧ ص ٢٦٧ - ١٧ مايو سنة ١٩٣٤ الجمعية الرسمية ٣٥ رقم ٥ ص ١٤١ - استئناف مخطوط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢٢ ص ٢٩٢ - ٢ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٧ - ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٠١ - ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٧ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٧ م ٢٩ ص ١٧٨ - ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٠٣ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٤ ص ٧ - ٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٩ - ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٨ - ١٥ يولي سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٣ - ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤١ - ١٧ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٣٦١ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٧ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٢٥ ص ٩٦ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ - ١٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ .

فيروانتون ١٠ قفزة ٥٧٠ - ديمولوب ٢٥ قفزة ١٧٦ - لوران ١٦ قفزة ٤٣٤ - مارككليه ٤ قفزة ٤٩٧ - أوبري ورو ٤ قفزة ٣١٣ - ١٩٧ - ص ١٩٨ - برودى وبارد ١ قفزة ٦٥٠ - بلاتويل وروبيج وروهان ٧ قفزة ٩٢٨ - ولفون ٢ ص ١٠٩ - نظرية المثلث المثلث قفزة ٧٣٢ ص ٧٨٧ طبع رقم ٢ .

فلو أن التصرف المعلن فيه لم يكن هو السبب في الإضرار ، بل بقى المدين موصراً بعد هذا التصرف<sup>(١)</sup> ، ولكن طرأ بعد ذلك ما يجعله موصراً ، فلا يجوز للدائن أن يطعن في التصرف . على أنه قد يتفق أن تصرف المدين لا يجعله موصراً ، ولكن يكون هذا التصرف حلقة في سلسلة متصلة من التصرفات مجموعها يؤدي إلى إضراره ، وقد قصد بذلك الإضرار بالدائن ، ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يطعن في منه التصرفات كلها ولا يجتزأ بالتصرف الأخير الذي سبب مباشرة إضرار المدين<sup>(٢)</sup> .

وإذا كان المدين موصراً من بادئ الأمر ، ثم تصرف تصرفاً يرضى كاف بحيث لم يكن هذا التصرف سبباً في زيادة إضراره ، فإن التصرف لا يكون قابلاً للطنن فيه بالدعوى البولصية<sup>(٣)</sup> .

**٥٨٧ - ثبوت الإضرار :** وقد وضع التقنين المدني الجديد قرينة قانونية تيسر على الدائن إثبات إضرار المدين . فإذا ادعى الدائن إضرار المدين ، فليس عليه ، كما تقول المادة ٢٣٩ وقد تقدم ذكرها ، إلا أن يثبت ما في ذمته من ديون . وعند ذلك تقوم قرينة قانونية قابلة للإثبات العكس على أن المدين موصر ، ويتنقل عبء الإثبات بفضل هذه القرينة إلى المدين ، وعليه هو أن يثبت أنه غير موصر ، ويكون ذلك باثبات أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها ، فإن لم يستطع إثبات ذلك اعتبر موصراً .

**٥٨٨ - الإضرار في الدعوى البولصية وما ينطوي عليه من سرقة:** والإضرار في الدعوى البولصية ، كالإضرار في الدعوى غير المباشرة ، المقصود به هو الإضرار الفعل بأن تزيد ديون المدين على حقوقه<sup>(٤)</sup> ، لا الإضرار

- 
- (١) انظر : نقض مدني ٢٦ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ ورقم ١٢٥ من ٢٨٢ .  
 (٢) استئناف مخطئ ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٤٥٤ — ٩ أبريل سنة ١٩٢٦ جائزت ١٩ رقم ٢٦٢ من ٢٦٥ — ديولوج ٢٥ فقرة ١٧٨ — لوران ١٦ فقرة ٤٣٥ — بوردو وبارد ١ فقرة ٦٥٠ — ولترون ٢ من ١٠٩ — من ١١٠ .  
 (٣) قارب نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر ٥ ورقم ٣٦٧ من ٦٩٩ .  
 (٤) قارن الأستاذ اسماعيل خاتم فقرة ١١١ ، ويلاحظ إلى أن العبارة بالدين المصحقة الأصل كما في حالة شهر الإضرار .

القانونى الذى يستلزم حكماً بشهره بشروط وإجراءات معينة  
والإحصاء فى الدعوى البولصية ، فوق ذلك ، معنى على يتطوى على كثير  
من المرونة .

فاذا طوّل المدين باثبات أن له مالا يساوى قيمة ديونه ، وجب عليه أن  
يدل على أموال ظاهرة لا يتعلم التنفيذ عليها ، وإلا اعتبر مصرأ<sup>(١)</sup> ، ومن  
هذا يتبين كيف أن التصرف الصادر من المدين قد يكون معاوضة ، ومع ذلك  
بسبب إحصائه . ويمكن لتحقيق ذلك أن يكون المدين قد باع شيئاً مملوكة له بشمن  
بخص ، أو باعها بشمن معادل لقيمتها ولكنه أخفى النقود أو بددها بحيث يتعذر  
على الدائن التنفيذ عليه بحقه<sup>(٢)</sup> .

وإذا فرض أن حق الدائن يتركز فى عين مملوكة للمدين ، كما إذا كان  
موعداً ببيع عين أو كان دائناً فى وعد برهن أو كان دائناً مرتبها ، ثم باع المدين  
العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها إلى شخص آخر إضراراً بحق الدائن<sup>(٣)</sup> ،  
أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن من تتبع العين  
أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر إلى تحمل  
إجراءات التطهير ، ففى مثل هذه الأحوال يعتبر المدين فى حالة إحصاء بالمعنى  
المقصود فى الدعوى البولصية مادام الدائن لا يستطيع أن يصل إلى العين ذاتها  
الذى تركز فيها حقه ، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تقضى بتعويض الدائن  
بعد فوات العين . ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البولصية فى تصرف  
المدين فى العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرفه فى العين المرهونة ، فيتمكن  
بذلك من رد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ بهذا الحق عليها<sup>(٤)</sup> .

(١) استئناف مخطط ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٦٨ - ديمولوب ٢٥ فقرة ١٨٤ -  
يودى وهارد ١ فقرة ٦٥٥ - بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة ٩٢٨ .

(٢) استئناف مخطط ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٨٩ ص ١٠٤ .  
(٣) ديموج ٧ فقرة ١١٢٦ .

(٤) لوران ٢٤ فقرة ١٦ - جروبييه فقرة ٢٦٣ وما بعدها - ديموج فى القامعة  
الخلفية فى الالتزامات فقرة ١٧٠ - فقرة ١٧١ - ديموج ٧ فقرة ١٠٨٠ وما بعدها -  
بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة ٩٣٧ - فقرة ٩٣٨ - دالوز أنسيكلويدى ١ لفظ  
(action paulienne) فقرة ١٥ - فقرة ١٧ - دى غلتس فى الدعوى البولصية فقرة ٤٨ .

## ٥٨٩ - وجوب بقاء الوعاء إلى وقت رفع الدعوى - تجميع

المحرمين : ويجب أن يبقى المدين معسراً إلى وقت رفع الدعوى البوليصة ، فلو

== ويرتب على ما تقدم أنه إذا باع شخص عقاراً ولم يسجل المشتري ، ثم باعه ثانية من مشتر آخر ، ويأخذ المشتري الثاني إلى التسجيل متواطئاً مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول ، أمكن لهذا الأخير أن يطعن في البيع الثاني بالدعوى البوليصة ، إذ أن حقه قد تركز في المقار المبيع . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه إذا تبين أن البائع باع الصفحة مرة ثانية بطريق التدليس ، وكان المشتري الثاني على علم بذلك واشترك في التدليس ، بطل البيع الثاني ، وغير مقبول القول بأن قانون التسجيل أبطل مفعول المادة ٢٧٠ مدني ( قديم ) ، إذ القول بذلك معناه أن قانون التسجيل أراد بنصحه أن يهدم مبدأ أساسياً في التشريع وهو أن الحق يجب أن يكون مبنياً على حسن النية ، وهذا ما لا يمكن التسليم به ( ١٧ يونيو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٧١/٢ ص ٥٦٩ . وانظر أيضاً : استئناف أهل ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ مجموعة القومية ٢٢ رقم ٢/٩٩ - استئناف مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ - ٢٧ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩٩ ص ٦٣٤ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٠ ص ٢٨٩ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٢ ص ٢٩٢ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٤ ص ٣٠٢ - استئناف مخطوط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩٩ ص ٥٠٩ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٤ ص ١١٠ ) . ولكن محكمة النقض ذهبت إلى العكس من ذلك ، وقضت بأن التواطؤ لا يفسد التسجيل ، وبأنه ما لم يحصل التسجيل فإن الملكية تبقى على ذمة المتصرف حتى ينتقلها التسجيل ذاته إلى المتصرف إليه ، ولا يكون للمتصرف إليه في الفترة التي تمضي من تاريخ التصالح إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أي حق فيها . وفي تلك الفترة إذا تصرف المتصرف لشخص آخر ، فإنه يتصرف فيما يملكه ملكاً تاماً ، فإذا باور هذا الشخص الآخر إلى تسجيل عقده قبل تسجيل عقده المتصرف إليه الأول ، فقد خلصت له — بمجرد تسجيله — تلك الملكية البينية التي لم يتصلق بها حق ما للأول ، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف إليه الثاني سميء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه من الصفقة . وإذن فلا يقبل من أي إنسان لم يكن عقده مسجلاً ناقلاً الملك فعلاً إليه أن ينازع من آل إليه نفس المقار وسجل عقده من قبله ، مدعياً أن له حقاً حقيقياً على المقار يحتاج به عليه ، كما أنه لا يقبل مطلقاً إلا احتجاج على صاحب العقد المسجل الذي انتقلت إليه الملكية فعلاً بتسجيله لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ ( نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة محر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ . وانظر أيضاً في هذا المعنى : نقض مدني ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة محر ٥ رقم ٤٣ ص ١١٣ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة محر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧ - ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام لنقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام لنقض ٤ رقم ٢٨ ص ١٧٦ - ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام لنقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢ - استئناف مصر ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٥ رقم ١٥٣ ص ٣٠٥ - ١٩ فبراير ٥٥

أن تصرفه سبب إعساره أو زاد في إعساره ، ثم انقلب بعد ذلك موصراً لزيادة

سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ - ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٤  
ص ٧١٣ - استئناف أسبوط ، يناير سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٩ ص ١٠٤٨ -  
وقانون نقض مدني ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٨ ص ١١٠٣ .

على أنه يلاحظ ، لو فرضنا جدلاً أنه لا يمكن تخريج مثل هذه الأحوال على حكم الدعوى  
البولسية ، إمكان الوصول إلى نفس النتيجة العملية بتطبيق قاعدة أهم من القاعدة التي تنفي بأن  
النش يفسد العقود (fraus omnia corrumpit) ، وما بالدعوى البولسية ذاتها إلا تطبيق لهذه  
القاعدة العامة (دمج ٧ فقرة ١١٢٧ - قانون بلاتول وريبير ودهوان ٧ فقرة ٩٣٨) .

وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بإمكان الطعن في العقد المسجل، بالدعوى البولسية ، ولكن  
ليصل المشتري الأول إلى استرداد الثمن الذي دفعه والحصول على التصويبات التي يستحقها دون  
أن يسترد المقادير ذاته لسجل عليه حقه . فقررت هذه المحكمة أنه يجوز للتصرف إليه الأول بمقد  
غير مسجل أن يرفع دعوى لإبطال العقد الثاني المسجل ، إذا توافرت شرائط دعوى إبطال  
التصرفات ، على اعتبار أنه دائن عادي من حقه أن يبطل التصرف المقرر له بتسليم استرداد  
الثمن الذي دفعه والحصول على التصويبات التي يستحقها ، على أنه يلاحظ أن الفرض من هذه  
الدعوى لا يمكن أن يكون بطلان التصرف الثاني لحمل على التصرف الأول غير المسجل ، فإن  
الدعوى إذا كانت تهدف إلى هذا الفرض تصير تحايلاً على مخالفة قانون التسجيل ، فضلاً عن أن  
الدعوى البولسية في الواقع لا تهدف إلى بطلان التصرف ، وإنما تهدف إلى الحد من سريانه في  
حق الدائن الذي يتضرر من أثر التصرف في مال مدينه ، فإذا وجد في هذا المال ما يفي بمديته  
زالت المحكمة فيها وأصبحت غير مقبولة ، وهي ليست خاصة بدائن واحد بل يستلحق جميع الدائنين  
المعدين أن يشتركوا فيها وأن يتقاسموا المال الذي يرجع إلى مدينه ( ٣ يونيو سنة ١٩٤٨  
المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢ ص ٤٧ ) .

ومهما يكن من أمر ، فإنه إذا طعن المشتري الأول الذي لم يسجل عقده في العقد المسجل  
المشتري الثاني بالصورية - لا بالدعوى البولسية - فعند ذلك يقدم المشتري الأول وهو لم  
يسجل عقده على المشتري الثاني الذي سجل عقده (نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥  
رقم ٩١ ص ١٨٨ . وانظر أيضاً : نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢  
رقم ١٣٥ ص ٤٥٥ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣ مع تعليق  
الأستاذ محمد حامد فهمي في ص ١٩٤ - ص ١٩٥ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة  
عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٢٤ -  
٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٢٢ - استئناف مصر  
١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٢٦/٣) . وقد قضت محكمة النقض أخيراً  
- على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المشتري مالئاً بأن الجائع له أو مورثه سبق أن  
تصرف في المبيع ذاته لشتر آخر لم يسجل عقده ، ما لم يثبت أن عقد المشتري الثاني المسجل هو  
عقد صوري ، ولا ينتج في إثبات هذه الصورية مجرد طم هذا المشتري وقت شرائه بالتصرف  
السابق غير المسجل للوارد على ذات المبيع (نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكامه ٥٥



طرات في ماله ، كما إذا كان قد تلقى ميراثاً أو وصية أو عقد صفقة رابحة ، فلا يجوز للدائن أن يطعن في تصرف المدين إذ لم تمد له مصلحة في ذلك<sup>(١)</sup> .

والدعوى البوليصية دعوى تكميلية (subsidaire) لا تعطى للدائن إلا بعد أن يجرد أموال المدين ، أى إلا بعد أن يثبت أن ليس للمدين مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه غير الحق الذي تصرف فيه . ويجوز لمن تصرف له المدين أن يدفع بالتجريد<sup>(٢)</sup> . ولكن التجريد هنا غير التجريد في الكفالة . ففي الكفالة إذا لم يطلب الكفيل التجريد في أول الدعوى سقط حقه ، وإذا طلبه فعليه أن يدل الدائن على مال للمدين يستطيع الرجوع عليه فيه وأن يقدم المصروفات اللازمة لهذا الرجوع . أما في الدعوى البوليصية فيجوز لمن تلقى الحق عن المدين أن يطلب تجريد المدين في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولا يطلب منه أن يدل الدائن على مال للمدين<sup>(٣)</sup> ، ولا أن يقدم له مصروفات التجريد ، بل على الدائن أن يثبت إحصار المدين على الوجه الذي قدمناه<sup>(٤)</sup> ، ومن ثم فالمدين هو الذي يدل على مال عنده يكفي لوفاء ديونه كما سبق القول .

وقاضى الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان تصرف المدين هو الذي سبب إحصاره أو زاد في هذا الإحصار ، وما إذا كان الإحصار باقياً إلى وقت رفع الدعوى . ولا رقابة لهكمة النقص في ذلك ، وإنما تكون لها الرقابة للتحقق من أن

٥٤ رقم ٣٥٢ — ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ .

(١) ديولوب ٢٥ فقرة ١٧٧ — لاروس ٢ م ١١٦٧ فقرة ١٨ — بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥١ .

(٢) استئناف مخطوط ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣١ — بي سويف ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٧١ رقم ٨٥ ص ١٤٠ .

(٣) وقد كان المشروع النهائي يتضمن نصاً ، هو المادة ٣٢٠ من هذا المشروع ، ينقص بسقوط حق الدائن في الدعوى البوليصية إذا أصبحت أموال المدين كافية لوفاء ما عليه أو أثبت من تصرف له المدين أن المدين عنده مال يكفي لهذا الوفاء . ومنقضى هذا النص أن من تصرف له المدين يطلب منه أن يدل الدائن على مال للمدين يفي بحقه . ولكن هذا النص قد حُذف في لجنة المراجعة ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، كما سبى . ومنقضى تطبيق القواعد العامة أن الدائن هو المكلف بإثبات إحصار المدين ، فعليه هو أن يثبت على الوجه الذي بيناه أن المدين ليس عنده مال يفي بحقه ، ولا يكلف من تصرف له المدين أن يدل على مال للمدين يفي بحق الدائن .

(٤) بودرى وبارد ١ فقرة ٦٥٤ .

هذين الأمرين قد تلقت منهما محكمة الموضوع كشرط في الدعوى البولصية ، والدائن هو المكلف باليات كل من الأمرين <sup>(١)</sup> .

## المطلب الثاني

### النش والتواطؤ

(concilium fraudis)

٥٩٠ - **النش بوجه عام :** غش المدين هو أهم الشروط في الدعوى البولصية ، بل هو العمود الفقري لهذه الدعوى التي تقوم على محاربة النش . ويمكن تجميع شروط الدعوى البولصية كلها في شرط النش ، فإن النش لا يتوافر في جانب المدين إلا إذا تصرف تصرفاً مفقراً يؤدي إلى إفساره للإضرار ببلاتن حقه ثابت قبل هذا التصرف . فلا يكفي إذن أن يكون التصرف المطعون فيه قد تسبب في إفسار المدين أو زاد في إفساره على النحو المتقدم ، بل يجب أيضاً أن يكون هذا التصرف قد صدر من المدين غشاً <sup>(٢)</sup> . وشرط النش هذا هو الذي يدخل المنصر بنفسه في الدعوى البولصية ، لأن الباحث هنا له الأثر الأكبر في نفاذ التصرف في حق الدائن أو عدم نفاذه .

(١) بودي وبارد ١٠ فقرة ٦٥١ من ٦٦٠ وفقرة ٦٥٥ مكررة - نظرية النقد للمؤلف  
فقرة ٧٣٢ من ٧٩٠ هامش رقم ١ - هذا وقد نفت محكمة النش بأن التقرير بأن التصرف المطعون فيه يترتب عليه ضرر بالدائن أو لا يترتب هو تقرير موضوعي . وإذن لم يكن الحكم المطعون فيه ، إذ قضى بعدم نفاذ التصرف موضوع الدعوى في حق المطعون عليه الثلاثة الأولين ، أقام قضاءه على أن لم يفسد من الدين المستفدة إجراءات التتبع بسببه ديناً آخر مستحق الأداء وصدر به حكم ابتدائي شمول بالنفاذ المؤقت ، وأن القدر الذي يقع للمدين بعد تصرفه الضامات لا يمكن لوفاء جميع ديونه ، إذ قرر الحكم ذلك واستخلص منه إفسار المدين ، فقد أسسته إلى أسباب سوفة لتفاديه ولم يخلو في تطبيق القانون ، ما دام قد تبين لمحكمة أن الدين الذي أدخلته في تقديرها لإفسار المدين هو دين جدي مستحق الأداء (نش معلق ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ بمجموعة أحكام النش ٣ رقم ٨٤ من ١٩٦٦) .

(٢) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٣٠ الحامدة ١٠ رقم ٤٣٥ من ٨٦٤ - استئناف  
مظف ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ من ٣٩٢ - ١٧ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ من ٢٠٣ -  
١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ٣٢٨ - ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٢٠ من ١٤١ - ٣١  
ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ من ١٥١ .

والنفس في الدعوى البولصية (fraude) غير التدليس (dol) الذي عرفناه حياً في الرضاء . فالتدليس يدخله في الغالب طرق احتيالية ويراد به خديعة أحد المتعاقدين ، ولذلك يكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد المخدوع . أما النفس في الدعوى البولصية فلا تصحبه طرق احتيالية ، ولا تراد به خديعة أحد المتعاقدين ، بل كثيراً ما يحدث أن يتواطأ المتعاقدان على النفس ، ولذلك يبقى العقد صحيحاً فيما بينهما ، وإنما يراد بالنفس الإضرار بحقوق الدائن ، ولذلك يكون أثره عدم نفاذ العقد في حق الدائنين . والعبرة في النفس أن يكون موجوداً وقت صدور التصرف المطعون فيه (١) .

على أن النفس في الدعوى البولصية والتدليس كميبي في الرضاء إنما هما تطبيقان للنظرية العامة في النفس . والنفس في العقد بنوع خاص ينطوى على صور مختلفة . فيقصد به تارة الإضرار بأحد المتعاقدين ، وهذا هو التدليس كما قدمنا . ويقصد به طوراً الإضرار بالغير ، فيحفظ باسم النفس . والغير إما أن يكون داتناً لأحد المتعاقدين ، كما في الدعوى البولصية ودعوى الصورية . وإما أن يكون غير داتن يريد المتعاقدان إلحاق الضرر به بمحاولتهما التقلص من واجب عليهما نحوه ، كمقد بيع يذكر فيه ثمن أكثر من الحقيقة لمنع الشفيع من الأخط بالشفعة ، أو أقل من الحقيقة للانتقاص من الرسوم المستحقة .

وجزاء النفس في غير العقد هو التعويض . وجزاؤه في العقد يكون ثلاثة إبطال العقد كما في التدليس عند تكوين العقد ، وطوراً يكون تعويضاً كما في التدليس عند تنفيذ العقد ، وثلاثة يكون عدم نفاذ العقد في حق الغير كما في الدعوى البولصية ، ورابعة يكون رد الشيء إلى حقيقته كما في الصورية ، وهو على كل حال يوجب التعويض إذا أحدث ضرراً باعتباره في ذاته عملاً غير مشروع (٢) .

(١) استئناف مخطط ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٥٢ ص ٢٩ .

(٢) بلاتول ودبيح وأسبان ٦ فقرة ٣٤٦ - فقرة ٣٥١ - ديموج ٧ فقرة ١١٢٣ وما بعدها - دبير في القاعدة الخلفية فقرة ١٥٧ وما بعدها - چوسران في الباعث فقرة ١٧١ وما بعدها .

### ٥٩١ - يشترط غش المدين وعلم من صدر له التصرف بالغش

انما هذه التصرف مطروحة : وتنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من القانون المدني ، كما رأينا ، على أنه « إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون متطوياً على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفي لاعتبار التصرف متطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه مصر ، كما يعتبر من صدر له التصرف حالاً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين مصر » .

ويبين من هذا النص أنه إذا كان التصرف الصادر من المدين معاوضة ، كبيع مثلاً ، وجب أن يكون متطوياً على غش من المدين . وقد توخى القانون المدني الجديد إقامة قرائن قانونية لتفسير الإثبات الذي يحمل عبثه الدائن . فعلى الدائن أن يثبت أن المدين وقت أن صدر منه البيع كان يعلم أن هذا البيع يسبب إحصاره أو يزيد في إحصاره . ويستطيع الدائن أن يستخلص هذا العلم من بعض القرائن القضائية التي تقوم في الدعوى ، كما إذا كان المدين قد تصرف لولده أو لزوجته أو لأحد أقاربه الأقربين ولم يكن لمن تصرف له مال ظاهر يقوم معه احتمال جدى أنه دفع الثمن .

فاذا أثبت الدائن علم المدين بإحصاره ، كان هذا قرينة قانونية على غش المدين . ولكن القرينة غير قاطعة ، فهي قابلة لإثبات العكس . ويستطيع المدين أن ينقضها بأن يثبت من جانب أنه بالرغم من علمه بإحصاره إلا أنه لم يقصد إلحاق الضرر بالدائن ، بل كان الدافع له على التصرف باعثاً آخر ، كتلبية لنداء واجب أدنى ، أو حصوله على ما يقوم بحاجات المعيشة مع وثوقه أن إحصاره مؤقت لا يثبت أن يزول وإن أخلفت الأيام ظنه في مصر (١) . وقد يتعاقد المدين تعاقدًا يؤدي إلى إحصاره وهو عالم بذلك ، وإنما يقدم على التعاقد لا خشاً

(١) استئناف مخطط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ص ٩١ - ١٠١ - ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ص ٢٢٧ - بلانويك وريير ورومان ٧ فقرة ٩٣٠ - ريبير في القناعة الخلقية فقرة ١٦٩ - جوسران ٢ فقرة ٦٨٩ - وهون ٢ ص ١١٢ - نظرية العقد الدولي فقرة ٧٢٥ ص ٧٩٨ - ص ٧٩٩ .

وإضراراً بحقوق الدائن ، بل اعتقاداً منه أن هذا التعاقد الذى أدى إلى إحصاره سيكون سبباً في ترويع أعماله وعودته إلى اليسار . ففى مثل هذه الحالة ، إذا أثبت المدين ذلك ، لا يجوز للدائن الطعن فى العقد لانعدام النش<sup>(١)</sup> .

ولا يكتفى ، ما دام التصرف معاوضة ، أن يكون هذا التصرف منطقياً على عتس من المدين على النحو المتقدم الذكر ، بل يجب أيضاً أن يكون من صدر له التصرف - المشتري مثلاً - على علم بهذا النش . وهنا أيضاً يقيم التقنين المدنى الجديد قرينة قانونية أخرى ، فيكفى أن يثبت الدائن علم من صدر له التصرف أن هذا التصرف يسبب إحصار المدين أو يزيد فى إحصاره ، حتى يعتبر من صدر له التصرف أنه على علم بنش المدين . وعلى من صدر له التصرف ، إذا أراد أن ينفذ هذه القرينة ، أن يثبت أنه ، بالرغم من هذا العلم ، كان يعتقد بحسن نية أن المدين لم يكن يقصد الإضرار بدائفيه ، كأن يكون التصرف الصادر من المدين ليس إلا تصرفاً مألوفاً تقتضيه صيانة تجارته أو زراعته أو صناعته<sup>(٢)</sup> .

ويبين بما تقدم أن التصرف إذا كان معاوضة وطعن فيه الدائن بالدعوى البولصية ، بدأ بإثبات أن المدين قد تصرف وهو عالم بأن هذا التصرف يؤدي إلى إحصاره ، وأن من صدر له التصرف يعلم ذلك أيضاً<sup>(٣)</sup> . فإذا تمكن من هذا

(١) انظر فى هذا المحي الأستاذ عبد السلام ذكى فى الالتزامات فقرة ٣٤٩ .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى صدد تفسير الإثبات فى الدعوى البولصية ما يأتى : « فحلل أمر الإثبات من أشق ما يصادف الدائن فى الدعوى البولصية ، سواء فى ذلك إثبات إحصار المدين أم إثبات التواطؤ بينه وبين من يخطفه . وقد وضع المشروع قاعدتين لتفسير مهمة الدائن فى هذا الصدد : ( ١ ) فاجتزأ من الدائن فى إثبات إحصار مدعيه بإقامه الدليل على مقدار ما فى ذمته من ديون . ففى أقام هذا الدليل ، كان على المدين أن يثبت أن له مالا يعادل قيمة هذه الديون على الأقل . ( ب ) ثم إنه جعل من مجرد علم المدين بإحصاره قرينة على توافر النش من ناحية ، واعتبر من صدر له التصرف عالماً بهذا النش إذا كان قد علم بذلك الإحصار ... من ناحية أخرى . وبراى أن حسن النية يفترض فيما يقصد من التصرفات العادية التى تقتضيه صيانة تجارة المدين أو زراعته أو صناعته . فمثل هذه التصرفات تقع صريحة ، وتكون هذه المثابة بأمان من الطعن : انظر المادة ١١٢ من التقنين البرازيليه (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٦٢٢ - ص ٦٢٣) .

انظر فى هذه المسائل فى التقنين المدنى السابق نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٢٥ .

(٣) استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١ - ٩ فبراير سنة ١٩٣٧

م ٤٩ ص ١٠٤ - ٢٥ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٠٥ .

**الإثبات ،** فرضنا الفش في جانب المدين وفي جانب من صدور له التصرف ، حتى يثبت أى منهما أنه لم تكن عتله نية الإضرار بالدين . والإثبات من جانب الثلاثة يكون بجميع الطرق ، لأن المراد إثبات واقعة مادية ، ولأن الفش يجري إثباته بجميع طرق الإثبات <sup>(١)</sup> .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٦٣٢ — وقد لفتنا أن إثبات علم من تصرف له المدين بإصدار الدين قد يكون بالقرائن القضائية ، كحالة الزوجية أو القرابة ، فإذا اقترنت هذه القرينة بقرائن أخرى تؤيدها كان هذا دليلاً على العلم بإصدار الدين (استئناف مخطط ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٥ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٦٠ — ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ — ١٨ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٧ — ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٩ — ٢٢ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٤١ — ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥١) . انظر أيضاً : استئناف مخطط ٢٢ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٢٥ (مدين باع أملاكه لأولاده وادعى أنه قبض اثنين من أهمهم) — ٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٤ (باع المدين الأرض لقريب له بمشقة من به بيت واحد واستمر يستغلها بها) — ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٦٠ (باع المدين لزوجها عقاراً ولم يتمكن الزوج من أن يثبت من أين أتت له النقود التي دفع بها الثمن ، ولم يكن في حالة مالية تسمح باحتمال ونوع هذه الصفقة له — انظر في هذا المعنى أيضاً : استئناف مخطط ١١ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٧) — استئنافية الكلية الأولى أول ديسمبر سنة ١٩١٤ للشرائع ٢ رقم ١/١٧٨ ص ١٥٧ (باع المدين لزوجته المقيمة معه في معاش واحد كافة ما يمتلكه ، ثم بقيت الأيمان المقيمة في حيازة المدين به البيع) . ولكن مجرد قرابة المشتري والمشتري من بائنه البائع دون قرائن أخرى لا يمكن لإثبات سوء النية (استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٨٧ ص ٢٣٣) . ولا يمكن كذلك مجرد علاقة الزوجية دون قرينة أخرى (استئناف أهل ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤ ص ٨ — استئناف مخطط ١٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٧ ص ٢٢٧ — ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩) .

ومن القرائن على الفش تسجيل التصرف به صدور الحكم بالدين ، وسرعة التصرف من المدين لمشتري ومن هذا المشتري لمشتري آخر . ولذا يمد غير نافذ شراء شخص مقامدين به صدور حكم أثبت أن في ذمته ديناً ، ويعد أخذ الدائن خلق اختصاص ، ولا يمكن المشتري الثاني الادعاء أنه حسن النية بمجرد عدم ظهور تسجيلات نسبه المشتري الأول ، لأن من عادة المشتري الكشف أيضاً ضد البائع لئلا ياله (استئناف أهل ١٢ يناير سنة ١٩١١ المحقوق ٢٧ ص ١) . وحكم على زوج بدين ، وبعد صدور هذا الحكم باع منزلاً كان يملكه ، ثم بعد ذلك بأيام اشترت زوجته أرضاً فضاء وأنشأت فيها منزلاً ، فقضت المحكمة بأن هذه الظروف تكفي للحكم بأن الأرض انقضت اشتريتها لزوجته بمال المدين وأن لبناء كذلك من ماله ، وإلحاقاً بجلد باسم الزوجة هروباً من الدين (استئناف أهل ١٠ مارس سنة ١٩١٥ للشرائع ٢ رقم ٢٣٠ ص ٢١٧) . وحصول الثراء في وقت متقارب به ، وشراء الشخص لأهلان في جهة مهيمة عنه لا يملك فيها شيئاً ولا مصلحة به

## ٥٩٢- وبشرط غشى المدين ولا سوء نية من تصرف له المدين

انما قاله المتصرف تبرعاً : أما إذا كان التصرف الصادر من المدين تبرعاً ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ من التقنين المدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : « أما إذا كان التصرف تبرعاً ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً » .

ويتبين من هذا النص أن المدين إذا صدر منه تبرع ، كهبة مثلاً ، فليس من الضروري أن يثبت الدائن غش المدين المتبرع أى علمه باعساره ، ومن باب أولى ليس من الضروري أن يثبت علم الموهوب له باعسار المدين . بل يكفي للتجاف في الدعوى البولصية في حالة التبرع أن يثبت الدائن أن هذا التبرع قد سبب إعسار المدين أو زاد في إعساره ، سواء كان المدين يعلم بذلك أو لا يعلم ، وسواء كان الموهوب له يعلم هو أيضاً أو لا يعلم . ويعبر هذا الحكم أن الدائن يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع مدينه، إذا بقي هذا التبرع قائماً ، أما الموهوب له فلا يشكو إلا من فوات نفع عليه إذا أجزنا للدائن الطعن في التبرع ، والفرق واضح بين من يتوفى ضرراً ومن يتنفي نفعاً ، فالأول أى الدائن هو الأجلر بالرعاية (١) .

== له فيها مع علمه بالظروف الحاصل فيها البيع ، كل ذلك بعد قربة حل الفسخ ( استئناف مصر ١٩ مايو سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ ص ٢٦٧ رقم ١٤٧ ) . لكن مجرد علم الغير بأن المدين له دائنون ، وأنهم يطالبون بحقوقهم ، لا يكفي ( والنون ٢ ص ١١٦ ) . وإذا كان النائب سبباً فنية وتعامل مع مدين مصر متواطئ معه ، فذلك كاف لاستعمال الدعوى البولصية حتى لو كان الأسبل حسن النية ( والنون ٣ ص ١١٧ - الوسيط جزء أول فقرة ٨٩ ص ١٩٢ ) .

ويجب أن يبين طالب التصديق في الدعوى البولصية الوقائع التي يبرر إثباتها لتسهيل حل سوء نية المشتري ، لا أن يكفي بإظهار اسعاده لإثبات سوء النية دون أن يوضح وقائع معينة ( استئناف أهل ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣/٢٢٧ ص ١٨٢ ) . ووجود التواطؤ في الدعوى البولصية مسألة عرضية لا رقابة محكمة لنفس عليها ( تنقش ١٩ يناير سنة ١٩٣٤ الحاماة ١٣ رقم ٤١٩ ص ٨٥٠ ) .

(١) حائتون ١ ص ٣٤٢ - والنون ٢ ص ١١٧ - ص ١١٨ - نظرية الفسخ للمؤلف فقرة ٧٢٥ ص ٨٠٢ حاشي رقم ١ .

ويلاحظ أن الموهوب له إذا كان حسن النية ، فلا يسترد منه الدائن إلا بمقدار ما أخفى به من وراء هذا التبرع ، ويكسب للموهوب له ثمرات الفسخ للموهوب ما دام قد قبضها وهو حسن

أما في المعاوضات فالقاعدة بين الدائن والمشتري غيرها بين الدائن والموهب له. إذ المشتري إنما يتوق ضرراً كالدائن ، فقد دفع مقابلاً للمدين ، فإن كان حسن النية وجب أن يفضل على الدائن ما دام هذا لم يحبط لنفسه فيحصل على ضمان خاص لاستيفاء حقه ، وإن كان المشتري سوء النية فضل عليه الدائن<sup>(١)</sup> . وقد كان هذا هو أيضاً الحكم في التفتين المدفئ السابق<sup>(٢)</sup> .

أما في فرنسا فالغش في جانب المدين شرط في الدعوى البولصية ، سواء كان التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرعاً<sup>(٣)</sup> . ولكن إذا كان التصرف لمعاوضة ، اشترط أيضاً الغش في جانب من صدر له التصرف . أما إذا كان التصرف تبرعاً ، لم يشترط الغش في جانب من صدر له التبرع ، ويمكن غش المدين .

---

= النية وفقاً للقواعد العامة (ديبولوب ٢٥ فقرة ٢٥٨ - هيك ٧ فقرة ٢٢١ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٦١ - نظرية العقد المؤلف فقرة ٧٢٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ١) .

(١) انظر المادة ٢٣٠ من التفتين التجاري وانظر نظرية العقد المؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ٢ وأحكام القضاء المصري والفرنسي المشار إليها في هذا المرجع .

(٢) انظر مناقشة مواد التفتين المدفئ السابق ، في نصوصها العربية والفرنسية ، لاستخلاص التمييز بين المعاوضة حيث يشترط غش المدين والتبرع حيث لا يشترط هذا الغش ، وأعد القواعد والقضاء بهذا التمييز في عهد التفتين المدفئ السابق : نظرية العقد المؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٠ هامش رقم ٢ . وانظر في تأكيد هذا الحق : نقض مدني ٢٧ مايو سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٥٩ ص ١٦٩ - ومع ذلك فارد : استئناف مخطوط ١١ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٦ .

(٣) وقد كان هناك رأي في فرنسا يلحظ إلى أن المبرع لا يفتقر فيه الغش في جانب المدين ، لأن المبرع في ذاته قرينة على الغش (ديفرجيه على تولىه ٢ فقرة ٣٥٤ هامش رقم ١ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٢) .

ويمتد أصحاب هذا الرأي بوجه خاص إلى أن التفتين المدفئ للفرنسي ذكر ثلاث أحوال يتنازل فيها المدين عن حقه دون مقابل ، فيوسع لدائن بالطن في هذا التنازل دون أن يشترط سوء نية المدين ، بل يقتصر نقض على اشتراط وجود ضرر لدائن من هذا التنازل . وهذه الأحوال هي : (١) المادة ٦٢٢ مدني فرنسي المتعلقة بتنازل المدين عن حق الانتفاع . (ب) المادة ٧٨٨ مدني فرنسي المتعلقة بتنازل الرارث عن الميراث . (ج) المادة ١٠٥٣ مدني فرنسي المتعلقة بتنازل الموهوب له من الهبة لمن يحمل بعده فيها . وقد استخلصوا من ذلك ، ومن أن مشروح التفتين المدفئ للفرنسي كان يتضمن نصاً يشترط الغش في هذه الأحوال ثم حلف ، أن تتنازل المدين عن حقه دون مقابل يجوز فيه الغش حتى لو لم يوجد هناك غش في جانب المدين ، مادام هذا التنازل ضاراً بحقوق الدائن . ثم عموا هذه القاعدة فحطوها فحلف جميع المبرعات ، سواء كانت في صورة =



**٥٩٣ -** **خلف الخلف :** وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٣٨ من القانون المدني ، كما رأينا ، على أنه : إذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بموضع إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعرض ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم إحصار المدين وقت تصرفه لخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعا .

ويستخلص من هذا النص أن هناك فرضين يجب التمييز بينهما :

( الفرض الأول ) أن الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه لخلف ثان تبرعا . ففي هذا الفرض لا يشترط سوء نية الخلف الثاني ، لأنه إنما يفتنى نفعاً ولا يتوق ضرراً كما قلنا . فإذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف هو الآخر تبرعا ، فلا تشترط سوء نيته ولا غش المدين كما سبق القول . أما إذا كان الخلف الأول قد تلقى التصرف معاوضة ، فيشترط إثبات غش كل من المدين وهذا الخلف الأول على النحو الذي قلناه .

( الفرض الثاني ) أن الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه لخلف ثان معاوضة ، وهذا هو الفرض الذي ورد فيه النص المتقدم الذكر .

== تنازل أو في أية صورة أخرى . وهناك من النشاهد من يقتصر القناعة على التنازل دون غيره من التصرفات (ديريانون ١٠ فقرة ٥٧٨ - كولين دي سالتير ٥ فقرة ٨٢ مكررة - فيجيه ٢ فقرة ١٢٥٠) .

ولكن هذا الرأي لم يبدل في نسخة ولا في القضاء (ديولوب ٢٥ فقرة ١٩٢ - لوران ١٦ فقرة ٤٤٣ - بودي وبارد ١ فقرة ٦٥٨ - بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة ٩٤١ - دوج ٨ فقرة ١٠٢٣ ص ٤٠٩ - نقض فرنسي ٢١ ديسمبر سنة ١٨٥٩ ١٨٥٩ - لالولي ١٦١ - ١٠٢١ - ٢١٥ - ١١ نوفمبر سنة ١٨٧٨ سيده ٨٠ - ١ - ٢٨) . والرأي السابق هو اشتراط غش المدين حتى في التصرفات . ويرد أنصار هذا الرأي على أنصار الرأي الأول بأنه لما كان المخرج للفرنسي قد أغفل شرط الغش في الأحوال الثلاثة التي أشير إليها ، فحلله بعد ذكره ، فذلك لم يكن قد اتخذ لنفسه موقفاً في هذه المسألة . فإذا ما وصل إلى المادة ١١٦٧ - وهي النص الأساسي في الموضوع - نراه اتخذ موقفاً واضحاً إذ اشترط لغش بمباوة مطلقة ، ولم يميز بين المعاوضة والتبرع ، لم يميز التنازل وغيره . ثم لما عرضت له حالة من أسواق التنازل بعد أن أورد المادة ١١٦٧ - وهي حالة تنازل الزوجة عن حقها في المروكية (م ١٤٦٤) - إذا به يشترط صراحة فيها لغش (بودي وبارد ١ فقرة ٦٥٩ - بلانيول وريير وردوان ٧ فقرة ٩٤١) .

(م ١٦ المتوسط - ج ٢)

فان كان المدين قد تصرف معاوضة أيضا بالخلف الأول ، فلا يكن أن يثبت الدائن غش كل من المدين والخلف الأول ، بل يجب أيضا أن يثبت غش الخلف الثاني ، فيثبت أن الخلف الثاني علم أمرين : (١) غش المدين (٢) وعلم الخلف الأول بغش المدين (١) . وفي هذا الحكم تخرج الدعوى البولصية على القواعد العامة . فقد كان مقتضى تطبيق هذه القواعد أنه متى أمكن التراجع في الدعوى البولصية بالنسبة إلى الخلف الأول ، انتزع الشيء من يد الخلف الثاني دون حاجة إلى إثبات سوء نيته ، لأنه لم يكن في وسع الخلف الأول أن ينقل إلى الخلف الثاني أكثر مما له (٢) . ولكن المبررات التي قامت لحماية الخلف الأول وتفضيله

(١) وذلك حتى لا يكون عند الخلف الثاني معرضاً للظن فيه إلا إذا كان الخلف الثاني حالاً يهيب التصرف الأول من جهة المدين ومن جهة الخلف الأول (أنظر تاريخ نص المادة ٢٣٨ ألفاً فقرة ٥٦٩ في الماشي) .

انظر : استئناف أهل ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ الفرائع ٢ رقم ٢٥٧ ص ٢٤٤ - بنى صوف الكلية ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المبيعة الرسمية ١ ص ٣٢١ - مصر الكلية الأهلية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٤ المبيعة لفرنسية ٦ رقم ٢١ ص ٤٣ - استئناف غبطة ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ .

ولكن إذا باع المشتري البين بعد أن دفعت عليه الدعوى البولصية وصدر الحكم فيها وسجل ، فلا ضرورة لإثبات سوء نية المشتري الثاني (استئناف غبطة ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٠ - ٢ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧٥ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٧) . وبلاط أنه لا يوافقاً للمدين مع آخر ، ولكن بدلاً من أن يبيع له العين مباشرة ، يبيعها لشخص حسن النية ، وهذا الشخص يبيعها للمواطن مع المدين ، في هذه الحالة يمكن توطئ المدين مع المشتري من المشتري وإن كان المشتري الأول حسن النية (ديولوج ٢٥ فقرة ١٩٩ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٥ ومامش رقم ٢٣ - بودوي وبارد ١ فقرة ٦٦٧ ص ٦٧٨ حاشي رقم ٢) .

(٢) فالقواعد العامة كانت تقضي إذن بالانحصار على اشتراط النش في جانب المدين والمشتري دون المشتري من المشتري ، وقد ذهب في فرنسا بعض الفقهاء والمحاكم إلى هذا الرأي (لوران ١٦ فقرة ٤٦٥ - فقرة ٤٦٦ - ديفرجيه على تولى ٣ فقرة ٢٥٢ سنة ٢٢٧ مامش رقم ١ - محكمة استئناف أميان ٢٦ مارس سنة ١٨٢٥ سيرة ٢٥ - ٢ - ٤١٧ - محكمة استئناف ليون ٢٣ يناير سنة ١٨٦٣ فالقز ٦٦ - ١ - ١٦٥) . ولكن جمهور الفقهاء والمحاكم نقلوا منه تقاليد الدعوى البولصية ، وكان للقانون الروماني يشترط غش المشتري من المشتري (ديراتيون ١٠ فقرة ٨٢ - فقرة ٨٣ - ديولوج ٢٥ فقرة ٢٠٠ - حيك ٧ فقرة ٢٢٣ - ماركاديه ٤ فقرة ٤٩٩ مكررة - لارومبيير ٢ م ١١٦٧ ص ٤٦ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢٠٥ - بودوي وبارد ١ فقرة ٦٦٧ - بلابلول وبيير وودوان ٢ -

على الدائن إذا كان حسن النية تقوم هي نفسها لحماية الخلف الثاني وتفضيله على الدائن إذا كان هو - دون الخلف الأول - حسن النية (١).

أما إذا كان المدين قد تصرف تبرعا للخلف الأول ، فقد قلعنا أن الدائن ليس مكلفا بإثبات سوء نية المدين ولا سوء نية الخلف الأول . ولكن مادام الخلف الأول قد تصرف معاوضة للخلف الثاني ، فإنه يجب على الدائن أن يثبت ، حتى ينجح في الدعوى البولصية قبله . علم هذا الخلف الثاني بأعسار المدين . فإذا كان الخلف الثاني حسن النية ، فإنه يفضل على الدائن ، لأنه دفع مقابلا فهو يتوق ضرراً كالدائن كما تقدم القول (٢) .

= فترة ٩٥٩ — نقض فرنسي ٢٤ مارس سنة ١٨٣٠ سيرة ٣٠ — ١ — ٢٥٢ — ٢ فبراير سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٢ — ١ — ٤٩ .

وفي مصر نزل الفقه والنفساء على تناليد الدعوى البولصية واشترط الفش في جانب المشتري من المشتري : في هلثس ١ في الدعوى البولصية لفترة ٢٩ — هالتون ١ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٥ — والتون ٢ ص ١٢١ — ص ١٢٢ — نظرية العقد المؤلف لفترة ٧٣٥ ص ٨٠٧ — استئناف أهل ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ للتراث ٢ ص ٢٤٤ — بين سبوت ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٣١ — استئناف مخطط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٩ ص ١٧٠ . أظهر مكنس ذلك في عهد التفتين الملقب السابق : استئناف مخطط ٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٢ ، وتعليق الأستاذ جبريل بطوروس في التعليقات حل التفتين المندى المخطط م ٢٠٤ ص ٤٠٦ هامش رقم ١ . وانظر دفاعاً طيباً من القاعدة التقليدية في دس هلثس ١ الدعوى البولصية لفترة ٣٠ — هذا وقد نص التفتين الملقب الجليل (٢٣٨م) حل القاعدة التقليدية صراحة كما رأينا ، فأصبح لهذه القاعدة سند تشريعي ، ولم تعد بذلك محلا للخلات (انظر في كل ذلك نظرية العقد المؤلف لفترة ٧٣٥ ص ٨٠٧ هامش رقم ١) .

(١) وإذا فرض أن المدين باع متاراً ، وأثبت الدائن الفش في جانبه وجانب المشتري معاً ، ولكن فيها أحد هذا المتار بالشقة ، فهل يجب على الدائن أن يثبت فاش الشق كذا ؟ إذا اعتبرنا أن الشق يلقى الحق من المشتري ، فإنه يجب إثباته عنه أيضاً . ولكن من القواعد المقررة في الفقه أن الشق يلقى الحق من البائع مباشرة ولا يتلقاه من المشتري ، فلنا إذن في سنده مشتركان من المشتري الأول . لذلك لا نرى القواعد عش الشق - وهي كما يكون مستجيلا حلا - ويكفي عش المشتري . والأولى إن يقال إن البيع يلقى كان سبباً في الأعد بالشقة لا يلقا أثره بالنسبة إلى المدين ، فلا تنفذ الشقة في حقه ، وتبقى قائمة ما بين البائع والمشتري والشق . ومن ثم ينفذ الدائنون حقوقهم على المتار المشعوب فيه ، ويجوز للشق بعد ذلك أن يستلحق في يده ما سبب أن يلقى من المتار ويرجع ببيان الاستحقاق الجزئي على البائع (نظرية العقد المؤلف لفترة ٧٣٥ ص ٨٠٢ هامش رقم ٢) .

(٢) المذاكرة الإيضاحية المشروحة التمهيدية في مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٦٤٢ —

ويلاحظ أن الدائن ، في هذا القرض الثاني وفي حالتيه ، قد يشجع في الدعوى البولصية في مواجهة الخلف الأول دون الخلف الثاني . وعند ذلك يصير تصرف المدين للخلف الأول غير نافذ في حق الدائن ، أما تصرف الخلف الأول للخلف الثاني فنافذ ، ومن ثم يستطيع الدائن التنفيذ بحقه على العوض الذي التزم به الخلف الثاني للخلف الأول ، ويشاركه في ذلك - إلى جانب سائر دائي للمدين - جميع دائي الخلف الأول مشاركة الغرماء <sup>(١)</sup> .

### ٥٩٤ - التمييز بين المعاوضات والتبرعات : ولما كان التمييز بين

المعاوضات والتبرعات له أهمية كبرى في الدعوى البولصية لما قلتمناه ، فإنا نستعرض هنا بعض حالات يلقى فيها هذا التمييز :

(١) عقود المعاوضة إذا انحطت على غبن فاحش ، كما لو باع للمدين شيئاً بربع ثمنها ، قد تبدو أنها من قبيل التبرع . ولكن الصحيح أنها تبقى عقود

بصرفه . ويلاحظ أن هذه الحالة من القرض الثاني صعبة التصور عملاً ، فإما دام الموهوب له حسن النية ، فيبعد أن يكون المشتري من الموهوب له سوء النية . ومع ذلك تتحقق هذه الحالة في فرنسا في المهر (dot) ، فذهب أب مصر لابنته مهرأ وهي حسة نية لا تمل بإصدار أبيها ، وتسلم قبلت المهر لزوجهما وهو سوء النية معاطي مع الأب . ولا تتحقق هذه الحالة عملاً في مصر إلا إذا كان كل من المدين والموهوب له سوء نية ، فبذلك إما أن يكون المشتري من الموهوب له حسن النية فلا يجوز للدائن رفع الدعوى البولصية ، وإما أن يكون سوء النية لهجوز للدائن ذلك (في مجلس ١ في الدعوى البولصية بقرة ٣٨ - بقرة ٣٩) .

(٢) استئناف بخلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ - وقد قيل في الإحتراض على القاعدة التقليدية إنها تفسر سجل التبرع من الدعوى البولصية ، ويمكن لذلك أن يحدد المشتري المتطاول مع المدين إلى بيع العين لمشتري ثان حسن النية ، فيجوز للدائن من رفع الدعوى البولصية على المشتري من المشتري (بودى وبارد ١ بقرة ٦٦٧ - بلانول وريجر ورومان ٢ بقرة ٩٠٩) . وما قلتمناه يصلح رداً على هذا الإحتراض ، فإن الدائن في هذه الحالة يستطيع رفع الدعوى البولصية على المدين والمشتري ، ويجب أن يرد المشتري الثمن الذي أعطاه من المشتري الثاني - أو قيمة العين إن كانت أكبر من الثمن - ليبلغ عليه الثمن بحقه . وكذلك الأمر لو وهب المدين العين ثم باعها للموهوب له لمشتري حسن النية ، فإن الدائن يرفع الدعوى البولصية على المدين والموهوب له ولو كان كل منهما حسن النية ، دون المشتري من الموهوب له إذ هو حسن النية ، ويبلغ بحقه على الثمن الذي دفعه المشتري للموهوب (استئناف بخلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ - وانظر في القسائون القربى ، مع ملاحظة إفتراض سوء نية المدين دون الموهوب له ، بودى وبارد ١ بقرة ٦٦٨) .

مطلوطة ، ويشترط فيها النش ، ما لم يكن الثمن ثافهاً غير جلى فيكون القعد تبرعاً لا يشترط فيه النش . أما إذا كان الثمن جدياً ولكن انطوى على غبن فالحش ، فقد يقوم هذا الغبن القاحش ذاته قرينة على النش<sup>(١)</sup> .

(٢) يعتبر الإقراض دون فائدة تبرعاً ، أما الإقراض بفائدة فيعتبر معاوضة .  
(٣) هناك عقود تكون تبرعاً من ناحية أحد المتعاقدين ، ومعاوضة من ناحية المتعاقدين الآخر . مثل ذلك الكفالة ، شخصية كانت أو حينية ، فهي تبرع من جهة الكفيل إذا لم يأخذ عوضاً لامن المدين ولا من الدائن ، وهي معاوضة من جهة الدائن . والمبرة في هذه الحالة بجانب المعاوضة ، فاذا رفع دائن الكفيل الدعوى البولصية للظن في عقد الكفالة - وهو عقد يزيد في التزامات الكفيل الشخصى وينقص من حقوق الكفيل المعنى - وجب عليه أن يثبت غش كل من الكفيل والدائن .

(٤) هناك عقود ليست تبرعات خالصة ، بل يدخل فيها عنصر المعاوضة . مثل ذلك هبة تصدر من شخص اعترافاً بجميل أسداه إليه الموهوب له (donation rémunératoire) ، فهذه الهبة هي في حقيقتها معاوضة قل أن تدخلها نية النش ، فلا يجوز الظن فيها بالدعوى البولصية . على أننا لو فرضنا أن المدين كان مدفوعاً في هبته ، إلى جانب الاعتراف بالجميل ، بنية الإضرار بدائنيه فيبالغ في قيمة الهبة ، فانه يجوز الظن في التصرف بالدعوى البولصية ، ولكن يشترط هنا إثبات النش . مثل ذلك أيضاً الهبة بعوض ، فانه يجب اعتبار العقد معاوضة لاسباب إذا ألزم الموهوب له ببلغ العوض للغير ، ومن ثم يجب لاستعمال الدعوى البولصية لإثبات النش<sup>(٢)</sup> . ومثل ذلك أيضاً عقد المهر في القانون الفرنسى ، فان القضاء في فرنسا يعتبره عقد معاوضة فيستلزم إثبات النش في جانب المدين الذى قدم المهر وفي جانب كل من الزوجين<sup>(٣)</sup> ، أما الققه الفرنسى فيعتبره تبرعاً يكفى فيه - في القانون الفرنسى - إثبات غش المدين الذى قدم المهر<sup>(٤)</sup> . وفي الشريعة الإسلامية المهر مبلغ من المال يعطيه

(١) بلاهول وريير ودهوان ٧ ققرة ٩٣٦ .

(٢) بلاهول وريير ودهوان ٧ ققرة ٩٣١ .

(٣) نقض فرنسى ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ ١٩١١ - ١ - ٥٠٠ .

(٤) بومدى وبارد ١ ققرة ٦٧١ - ققرة ٦٨٠ .

الزوج لزوجته ، وفيه معنى المقابل لحل الاستمتاع ، ولذلك يسقط نصف المهر بعدم الدخول . ومن هذا زى اعتبار المهر معاوضة ، فيجب على دائن الزوج أن يثبت توافر الزوج مع زوجته على الزيادة في مهرها زيادة فاحشة بقصد الإضرار بحقوق الدائن . أما الهدايا التي يقدمها الخطيب لخطيبته والزوج لزوجته فترى اعتبارها من قبيل التبرعات ، فلا يشترط فيها إثبات الغش . وأما ما قد يقدمه والد الزوجة أو أحد أقاربها من المعونة المالية لتجهيزها فيمكن أن يعد وفاء لا التزام طبيعي ، لا يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية إلا إذا ثبت الغش بأن جاوزت المعونة الحد المألوف وزاد الجهاز على جهاز المثل<sup>(١)</sup> .

## المبحث الرابع

### التقادم في الدعوى البولصية

٥٩٥ - تقادم الدعوى البولصية في التقنين المدني السابع وفي

التقنين المدني الفرنسي : لم يكن هناك نص خاص في التقنين المدني السابق في صدد تقادم الدعوى البولصية . لذلك لم يكن هناك خلاف في تقادم هذه الدعوى

(١) انظر في كل ذلك نظرية العقد المؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٨٠٨ هامش رقم ١ - وانظر في المهر من حيث إنه معاوضة أو تبرع في القانون الفرنسي ومخرج ٧ فقرة ١٠٣٨ - فقرة ١٠٤٣ مكررة . وانظر : استئناف مخطوط ٣١ مارس سنة ١٩٣٠ م ٣٢ ص ٢٤٥ - ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٣٢ ص ٢٨٧ - وانظر أيضاً المادة ٢٢٩ من التقنين التجاري .  
الدعوى البولصية في القانون التجاري : والدعوى البولصية في القانون التجاري لها صورتان : (١) صورة ماثلة لصورتها في القانون المدني ، وتنص عليها المادتان ٢٢٩-٢٣٠ من التقنين التجاري ، وهي لنصوص تنطق في جوهرها مع نصوص التقنين المدني الجديد ، وتفق في اللغة لنصوص التقنين المدني السابق (انظر : نقض مدني ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ، رقم ٢ ص ٤٩ - استئناف مخطوط ١٤ يونيو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢٥) .  
(٢) وصورة أخرى ملصوقة على تصرفات التجار المخلص من فسخ إفلاس وقبل ذلك بقليل ، وتنص عليها المادتان ٢٢٧-٢٢٨ من التقنين التجاري . والذي يميز هذه الصورة الأخرى أن القانون لها يفترض الغش في جانب المدين ، فلا يكتفى للدائنين ولا المستهلك بإثباته ، ولا يسع للمدين بنفيه عنه ، ما دام التصرف قد صدر من المدين في وقت غير سابق على تاريخ توقيعه من الخلع بأكثر من عشرة أيام (نظرية كسند المؤلف فقرة ٧٣٥ ص ٧٩٧ هامش رقم ١) .

بمئس عشرة سنة ، شأنا في ذلك شأن سائر الدعاوى التي لم يرد في أمر تقاضها نص خاص <sup>(١)</sup> . وكانت المدة تسري من وقت صدور التصرف من المدين لامن وقت علم الدائن بالتصرف ، لأن سبب الدعوى قد وجد منذ صدور التصرف <sup>(٢)</sup> .

ولا يوجد كذلك في التفتين المدينى الفرنسى نص خاص بتقادم الدعوى البولصية . وجمهور الفقهاء في فرنسا ، سواء منهم من كيف الدعوى بأنها دعوى تعويض ومن كيفها بأنها دعوى بطلان ، يقولون بأن الدعوى البولصية تسقط كسائر الدعاوى بثلاثين سنة ، لا بمئس سنوات وهي المدة التي تسقط بانقضائها دعاوى البطلان في القانون الفرنسى <sup>(٣)</sup> .

- (١) استئناف أعل ٢٥ يولييه سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ٣/١٦٢ ص ٤٨٣ (ويقرز الحكم أن الوقت له حق التصك يسقط الدعوى بالتقادم باجباره شخصا أدبيا ، وذلك في حالة الوقت إضرارا بالدائنين) - دى هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٤٤ - والتون ٢ ص ١٦٢ - الأستاذ عبد السلام ذهني في الالتزامات فقرة ٣٦٠ - مذكرات الأستاذ محمد صادق فهمي فقرة ٥١٨ - نظرية العقد المؤلف فقرة ٧٤٠ .
- (٢) دى هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٥٥ - نظرية العقد المؤلف فقرة ٧٤٠ - والفطر ديمولوب ٢٥ فقرة ٢٤٢ - بودرى وبارد ١ فقرة ٧٣٠ .
- (٣) لوران ١٦ فقرة ٤٦٧ - فقرة ٤٦٩ - ديمولوب ٢٥ فقرة ٢٤٠ - فقرة ٢٤٤ - هيك ٧ فقرة ٢٢٩ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣١٣ ص ٢١٥ - ص ٢١٦ - بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٩ - بلانيسول وريجير وودوان ٧ فقرة ٩٦٦ - كولان وكابيتان ومورانديج ٢ فقرة ٤٥٤ - جوسران ٢ فقرة ٧٠٥ - بلانيرول وريجير وبولانجيه ٢ فقرة ١٤٤٤ - جريدويه فقرة ٢٥٩ - ديموج ٧ فقرة ١١٠٩ - وقد ذكرنا أن الفقهاء الذين يلحون إلى أن الدعوى البولصية دعوى بطلان يحملونها مع ذلك تسقط بثلاثين سنة لا بمئس سنوات ، ويطلق الأستاذان بودرى وبارد ذلك بأن سقوط دعوى البطلان بمئس سنوات مبني على إجازة فنية . والإجازة الفنية لا تتصور في الدعوى البولصية (بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٦ ص ٧٤٧ وهامش رقم ٢) . ولا ترى هذا التعليل وجها ، فإن لدائن أن يتنازل من الدعوى البولصية ، إذ ليست هذه الدعوى من النظام العام ، ولم تتقرر إلا لمصلحة الدائن ، ولا يفتى أن تنازل الدائن من الدعوى إنما هو بمثابة إجازة فنية لتصرف المدين . والأولى أن يقال إن الدائن ، وهو من الغير ، يقر بالتصرف (ratifier) لا يبيزه (confirmer) (نظرية المشتل المؤلف فقرة ٧٤٠ ص ٨١٤ هامش رقم ١) .

على أن هناك من الفقهاء الفرنسيين من يعتقد بمقتضى البطلان ليجعل الدعوى تسقط بمئس سنوات (ديرانسون ١٠ فقرة ٥٨٥) . وفي تفتين الموجبات والمقود الهائي (الفترة الأخيرة) من المادة ٢٧٨ تسقط الدعوى البولصية بمئس سنوات .

٥٩٦- تقادم الدعوى البولصية في التقنين المدني الجديد: وقد رأينا أن التقنين المدني الجديد قد استحدث نصاً في تقادم الدعوى البولصية ، قضت للمادة ٢٤٣ بأن وتسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه .

ونرى من ذلك أن التقنين المدني الجديد جعل مدة تقادم الدعوى البولصية معادلة لمدة تقادم دعوى البطلان والدعوى الناشئة عن العمل غير المشروع والآراء بلا سبب ، وإن كانت الدعوى البولصية ليست بدعوى بطلان كما سيحيى . وقد زل التقنين الجديد مدة التقادم إلى ثلاث سنوات حتى لا يبقى مصير التصرف الصادر من المدين معلقاً مدة طويلة . وقد كان المشروع التمهيدى يجعل مدة التقادم سنة واحدة ، ولكن لجنة مجلس الشيوخ رفعت هذه المدة إلى ثلاث سنوات وتخيراً للتيسير<sup>(١)</sup> . وتسرى مدة الثلاث السنوات من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، لأن الدائن قد يعلم بصدور التصرف ، ولكن لا يعلم بالأسباب التي تستتبع عدم نفاذه في حقه<sup>(٢)</sup> . فيجب إذن ، لسريان هذه المدة القصيرة ، أن يعلم الدائن ، لا يصدر التصرف المطعون فيه مع مدينه فحسب بل يعلم أيضاً بأحصار مدينه وبالعش الواقع من هذا المدين ومن خلفه إن كان هناك موجب للملك ، وفقاً للقواعد التي سبق ذكرها<sup>(٣)</sup> .

وقد لا يعلم الدائن بكل ذلك إلا بعد صدور التصرف بمدة طويلة . فإذا زادت هذه المدة على اثني عشرة سنة ، ثم تركنا بعد ذلك للدائن ثلاث سنوات لرفع الدعوى ، فإن مدة التقادم على هذا الحساب تزيد على خمس عشرة سنة

(١) انظر تاريخ نص المادة ٢٤٣ آنفاً فقرة ٥٦٩ في المجلد .

(٢) مجموعة الأعمال المصغرة ٢ ص ٦٣٥ - وانظر تاريخ نص المادة ٢٤٣ آنفاً فقرة

٥٦٩ في المجلد .

(٣) ويترتب على ذلك أنه إذا علم المالكون بسبب عدم نفاذ التصرف في تواريخ مختلفة ، سري بالنسبة إلى كل منهم تقادم مدته ثلاث سنوات من تاريخ علمه . غير أن الدعوى تقادم في كل حال ، بالنسبة إليهم جميعاً ، بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف المطعون فيه (انظر الاستاذ جعفر في الإطلاص فقرة ٦٨) .



من وقت صلور التصرف . لذلك قضت المادة ٢٤٣ مدني ، كما رأينا ، أن الدعوى البولصية تسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه . ففى الحالة المتقدمة الذكر ، وهى حالة ما إذا لم يعلم الدائن بسبب علم نفاذ التصرف إلا بعد مدة تزيد على اثني عشرة سنة ، تتقدم الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صلور التصرف (١) .

### ٥٩٧ - تنازع التقنين الجبرير مع التقنين السابق في المرملة :

ويخلص مما تقدمناه أن الدعوى البولصية كانت في التقنين المدني السابق تسقط بخمس عشرة سنة من وقت صلور التصرف ، وتسقط الآن في التقنين المدني الجديد بثلاث سنوات من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف بحيث لا تزيد المدة في كل حال على خمس عشرة سنة . فتكون مدة التقادم في التقنين الجديد أقصر منها في التقنين القديم . وقد نصت المادة الثامنة من التقنين المدني الجديد في هذا الصدد على ما يأتي : ١ - إذا قرر النص الجديد مدة للتقدم أقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة بدأت قبل ذلك . ٢ - أما إذا كان الباقي من المدة التي

(١) وإذا كانت الدعوى البولصية تسقط بالتقادم المسقط ، فإن من تلقى الحق من المدين لا يتصور فيه أن يكسب الحق بالتقدم المكسب . وذلك لأنه مالك بموجب التصرف الصادر من المدين ، وهذا التصرف يبقى قائماً فيما بينه وبين المدين بالرغم من نجاح الدعوى البولصية ، فلا حاجة إذن وقد كسب الحق بهذا التصرف أن يكسبه بالتقدم (أوبري وروافرة ٣١٣ هامش رقم ٤٥ - بودري وبارو ١ فقرة ٧٢٧ - فقرة ٧٢٨) .

ويترتب على ذلك أن الدائن يستطيع أن يرفع الدعوى البولصية على غلب المدين ، ولو بقي هذا وصفاً يده على المدة التقادم المكسب ، ما دامت الدعوى البولصية نفسها لم تسقط بالتقدم (استئناف مخطط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩٦ . الاستاذ عبد السلام ذكى في الالتزامات فقرة ٣٦٠) . ويمكن أن تتم مدة التقادم المكسب ، إذا كانت خمس سنوات فقط ، قبل أن تتم مدة التقادم المسقط للدعوى البولصية وهى تزيد في بعض الأحوال ، تبعاً لمبدأ سريانها ، على خمس سنوات ( نظرية المدة للزولف فقرة ٧٤٠ ص ٨١٤ هامش رقم ٤ ) .

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد ، في صدد تقديم الدعوى البولصية ، ما يأتي : « ويراهي أن الدائنين الأخر أن يتسكروا بالتقدم المؤجل ( عدلت المدة إلى ثلاث سنوات ) قبل الدائن الخاص » ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٦٤٤ ) . والمقصود بالدائنين الأخر دائن المصروف إليه ، لأن لهم مصلحة في هذا التسكك حتى لا ينفذ الدائن الخاص على العين التي انضلت إلى المصروف إليه فأصبحت في ضاهم العام .

نص عليها القانون القديم أنصر من المدة التي قررهما النص الجديد ، فان التقادم يتم بانتفاء هذا الباقى .

ويتبين من ذلك أنه إذا كان في يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ قد وجد ، وفقاً للتقنين السابق ، تقادم لم يكتمل بالنسبة إلى تصرف يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية ، وجب أولاً أن نحسب مدة التقادم وفقاً للتقنين الجديد . فإذا فرض أن هذا التصرف قد صدر من المدين في أول أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، ولكن التنازل لم يعلم بسبب عدم نفاذه إلا في أول أكتوبر سنة ١٩٥٠ ، فان التقادم يكتمل وفقاً للتقنين السابق في أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ ، ويكتمل وفقاً للتقنين الجديد في أول أكتوبر سنة ١٩٥٣ ، فتكون العبرة بالتقادم الذى يتم وفقاً للتقنين الجديد لأنه يتم أولاً .

أما إذا كان الدائن لم يعلم بسبب عدم نفاذ التصرف إلا في أول أكتوبر سنة ١٩٥٤ ، فان التقادم يكتمل دائماً وفقاً للتقنين السابق في أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ ، ولكنه يكتمل وفقاً للتقنين الجديد في أول أكتوبر سنة ١٩٥٧ . فتكون العبرة هنا بالتقادم الذى يتم وفقاً للتقنين السابق لأنه هو الذى يتم أولاً ، وتتقدم الدعوى البولصية في هذه الحالة في أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ .

## الفرع الثانى

الآثار التى تترتب على الدعوى البولصية

٥٩٨ - انصوص القانون رقم : ٢٤٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراً بهم » .

وتنص المادة ٢٤١ على ما يأتى :

« إذا كان من تلقى حقاً من المدين المصر لم يدفع ثمنه ، فانه يتخلص من

الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بإبداعه خزانة المحكمة<sup>(١)</sup> .

ولاقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن أحكامها كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٢٤٠ : ورد هذا النص في المادة ٣١٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وقد وافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤٧ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على النص بأنه يخالف حكم التقنين المدني السابق ، وكان حكماً أفضل إذ بمقتضاه لا يستفيد من عدم نفاذ التصرف إلا الدائن الذي حكم له ، وذلك لتشجيع الدائنين على مباشرة دعوى نفاذ التصرف . أما إذا كان الدائنون جميعاً يستطيعون من آثار هذه الدعوى ، فقليلاً ينشط دائن بالذات لمباشرتها . فرد على هذا الاعتراض بأن الأساس القانوني يتفق مع النص المقترح ، لأن الفرض من هذه الدعوى بقاء الأموال المتصرف فيها في الضمان العام للدائنين ، فلا معنى لأن يختص بفوائدها دائن دون آخر ، لأن في ذلك إخلال بحق امتياز لأحد الدائنين بغير نص أو حكم ، وعدم مباشرة هذه الدعوى من قبل بعض الدائنين قد يرجع إلى عدم علمهم بالتصرف أو بإصدار المدين ، والدائن مباشر الدعوى بموجب من جميع المستندات التي صرفها في الدعوى وتكون له الأولوية في اقتضاها . وفي جلسة أخرى اقترح بعض حضرات مستشارى محكمة النقض حذف النص لتعارضه مع قاعدة نسبة الأحكام ، وللإتمام النجاة بين الدائنين ، ولأنه لا محل للقول بعدم التجزئة لمخالفاته لطبيعة الدعوى إذ هي دعوى عدم نفاذ تصرف لا دعوى بطلان وإذا كان البطلان لا يتجزأ فعدم النفاذ قد يتجزأ ، ولأن النص يشترط لإفادة الدائنين الآخرين أن يكونوا من صدر التصرف إضراراً بهم وإثبات تحقق هذا الشرط مرجعه إلى القضاء ومن ثم فإن النص لا يفي أى دائن من رفع الدعوى ، هذا إلى أن القضاء مستقر على ما يخالف حكم النص . . . ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح ، وأقرت النص كما هو تحت رقم المادة ٢٤٠ . ثم وافق مجلس الشيوخ على النص دون تعديل ( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٦٢٢ — ص ٦٢٤ ) .

م ٢٤١ : ورد هذا النص في المادة ٣٢١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « إذا كان من تلقى حقاً من المدين المسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن قريباً من ثمن المثل ، وقام بإبداعه خزانة المحكمة ، وأعلن كل ذي شأن بهذا الإبداع » . وفي لجنة المراجعة استبدلت عبارة « متى كان هذا الثمن قريباً من ثمن المثل » بعبارة « متى كان هذا الثمن قريباً من ثمن المثل » ، وأصبح رقم المادة ٢٤٨ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ سطحت عبارة « وأعلن كل ذي شأن بهذا الإبداع » ، لأن ذوي الشأن لا يمكن تعديدهم على سبيل الجزم ، وأصبحت المادة وقها ٢٤١ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة ( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٦٢٤ — ص ٦٢٧ ) .

السوري المادتين (٢٤١-٢٤٢) وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٢٦٦-٢٦٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٢٤٣-٢٤٤ ، وفي تقنين الموجبات والمقود الليباني المادة ٢٧٨ فقرة ٣ (٢).

٥٩٩ - طبيعة الدعوى البولصية : ليست الدعوى البولصية إلا طريقاً يسلكه الدائن لينال من القضاء حكماً بأنه من الغير في تصرف صدر من مدينه المعسر إضراراً بحقوقه . إذ الأصل أن الدائن ينصرف إليه أثر العقد الصادر من المدين ، على أن يكون المدين حسن النية في هذا التصرف ، فإن كان سوء النية فإن أثر العقد لا ينصرف إلى الدائن . ومن ثم تكون الدعوى البولصية هي دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين المعسر في حق الدائن . وفي هذا تتركز آثار الدعوى البولصية ، بل ليس هذا إلا النتيجة الطيبة لما قلتمناه من شروط هذه الدعوى ، فقد رأينا أن هذه الشروط ترد إلى فكرة أساسية ، هي غش المدين بقصد الإضرار بالدائن ، فأعلا للمدين بقشه ، ودرماً لهذا الضرر ، واستخلاصاً

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٤١ - ٢٤٢ (مطابقان لنصوص التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٢٦٦ (مطابقة لنص المادة ٢٤٠ من التقنين المدني المصري) .

م ٢٦٧ : ١ - إذا وفي المدين بالتزامه ، أو أصبحت أمواله كافلة للوفاء بما عليه ، سقط حق الدائن في التمسك بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين . ٢ - ويستطيع من استعاد من المعسر المساعدة أضراراً بالدائنين أن يتخلص من الدعوى إذا هو قام بوفاء حقوقهم ، أو إذا أثبت أنه المدين منه مال يكفي لهذا الوفاء . ٣ - وإذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم ينفذ منه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الدين قريباً من زمن المثل وقام بوفاءه صندوق المحسنة . (والفقرتان الأولىان كانتا في المشروع النهدي لتقنين المصري وحلها اكتفاء بتطبيق القواعد العامة كما سيأتي . والفقرة الأخيرة تنافي في - كما مع المادة ٢٤١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني المملكة الليبية المتحدة م ٢٤٣-٢٤٤ (مطابقان لنصوص التقنين المدني المصري) .

تقنين الموجبات والمقود الليباني : م ٢٧٨ فقرة ٣ : ولا يمتنع من نتائج هذه الدعوى إلا الشخص أو الأشخاص الذين ألتزموا ، وذلك على قدر ما يجب لصيانة حقوقهم . أما فيما زاد عنها ، فيبقى العقد قائماً ، ويستمر حل إنجاح جميع مقاييله . (وطناً النص يخطف في حكمه من نص التقنين المدني المصري في أن الدعوى البولصية في التقنين الليباني لا تنفذ إلا للدائن الذين رفضها كما كان الأمر في التقنين المدني المصري السابق كما هو الأمر الآن في القانون الفرنسي) . وبخلاف التقنين المدني المصري الجديد فإن الدعوى البولصية فيه تنفذ لجميع الدائنين الذين استوفوا شروطها . أنظر الدكتور صبحي المصطفى في آثار الالتزام في القانون المدني الليبي ص ٦٦-٦٧ .

الجزء من طبيعة العمل ، جعل القانون تصرف المدين غير نافذ في حق المدين ، وبذلك يرد النش ويندفع الضرر .

وعما يترتب من النتائج حل أن الدعوى البولصية هي دعوى بعدم تقاذف التصرف ما يأتي :-

(أولاً) ليست الدعوى البولصية بدعوى بطلان ولا بدعوى تعويض .  
والفقه الفرنسي زاعر بالمناقشات المحتملة في هذا الصدد ، وقد انقسم بين رأيين :  
رأى يلحظ إلى أن الدعوى البولصية هي دعوى بطلان . ويستند هذا الرأي إلى أن كلمة «البطلان» وردت في نصوص التفتين المدني الفرنسي في صدد تطبيقات للدعوى البولصية<sup>(١)</sup> ، وإلى تقاليد القانون الروماني ، وإلى تقاليد القانون الفرنسي القديم<sup>(٢)</sup> . وسرى أن الدائن لا يبطل التصرف الصادر من مدينه ، بل أن هذا التصرف يبقى قائماً ، وكل ما يطلبه الدائن هو ألا يسرى في حقه أثر هذا التصرف . وليس من البده أن يقال أن شخصاً يجتبر من الغير في حقه ثم يطلب لإبطاله . لأن الإطلاقة لا يكون إلا فيما بين المتعاقبين . أما الغير فليس له أن يطلب إلا عدم تقاذف العقد في حقه .

ورأى آخر يلحظ إلى أن الدعوى البولصية هي دعوى تعويض<sup>(٣)</sup> . ولوضح أن تصرف المدين كان ينفذ في حق الدائن ، فيضرب فيعطى تعويضاً عن هذا الضرر ، لصح أن تكون الدعوى البولصية لتعويض . ولكن الواقع غير ذلك ، فإن تصرف المدين لا ينفذ في حق الدائن ، فهو ليس في حاجة إلى تعويض إذ لم يلحقه ضرر بعد أن منع وقوعه<sup>(٤)</sup> . وإذا صح أن يكون هذا تعويضاً ، فهو تعويض

(١) أنظر المواد ٢٤٣ و ٢٤٢ و ٢٤١ و ٧٨٨ من التفتين المدني الفرنسي . وأنظر أيضاً في التفتين المدني المصري السابق المادتين ٢٠٥/١٤٣ و ٧٦/٥٣ ، وفي التفتين المجهري المصري المادتين ٢٢٨-٢٢٩ .

(٢) دهر القرون ١٠ فترة ٥٨٥ - لودان ١٦ فترة ٤٨٣ - فترة ٤٨٥ - بيري وباريه ١ فترة ٧٠٦ - جوسران ٢ فترة ٧٠٤ .

(٣) ديولوزب ٢٥ فترة ٢٤٥ - فترة ٢٤٧ - أوبري ورو ٤ فترة ٣١٣ ص ١٩٥ -  
أشهر Aschbach في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٠٦ ص ٨٥ - صبر ١١٨ - ديويج ٧ فترة ١١١٢ .

(٤) وقد قلنا أن الدائن لا يستطيع رفع الدعوى البولصية ضد خلف المالك الذي تلقى الخلف -

عيني<sup>(٢)</sup> . بل هو تنفيذ صني لا التزام للمدين ألا يضر بحقوق الدائن<sup>(٣)</sup> .

سبق أن قرونا كل ذلك في كتابنا « نظرية العقد »<sup>(٤)</sup> ، ونهنا إلى التكييف الصحيح للدعوى البولصية<sup>(٥)</sup> ، وقد أصبح الفقه المصري بعد ذلك لا يختلف في هذا الأمر<sup>(٦)</sup> .

وإذا نفينا عن الدعوى البولصية أنها دعوى بطلان . فقد نفينا عنها ماذهب

« بموس وكان حسن لنية ، فتقتصر دعواه على المدين والخلف ، وينفذ بحقه على المقابل الذي حصل عليه هذا الأخير . وهنا تقرب الدعوى البولصية إلى أن تكون دعوى تمريض ولكنها ليست كذلك ، لأن المقابل الذي يتلقاه عليه الدائن بحقه قد حل محل الحق الذي كان ضياعاً الدائن (قارن بلاثول وريير ودودان ٧ فقرة ٩٦٧) .

(١) الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢٠٢ — ص ٢٠٣ .

(٢) ومن الفقهاء من يمتد الدعوى البولصية إلى نظرية التمسك في استعمال الحق ، فالمدين يمس استعمال حق التصرف في ماله إذا صدر منه التصرف بنفسه الإضرار بدائته (جرويه فقرة ٢ — جورسان ٢ فقرة ٦٨٧ — نفس المؤلف في روح الحقوق ولينيتها ص ١٤٠) . ومنهم من يمتدها إلى اعتبارات ترجع إلى النزاعة والعدالة (ريير في القواعد الخلقية فقرة ١٦٩) . ومنهم من يذهب إلى أنها دعوى من نوع خاص ، أثرها التقاليد وأصلها ميزات الخاصة (كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٤٥٠) . ويقسمها دى باج على أساس أنها تمريض صني من حل غير مشروع (دى باج ٣ فقرة ٢٥٢) . وكل هذه الآراء لا اعتراض عليها ، ولكنها لا تصل إلى التحليل إلى غايته .

(٣) فقرة ٧٣٧ — فقرة ٧٣٩ .

(٤) ونرى الأساتذة بلاثول وريير ودودان أن الدعوى البولصية أقرب إلى أن تكون دعوى بطلان ، ولكنها دعوى بطلان من نوع خاص يميزه عن البطلان المعتاد فروق حدة ، أهمها أن هذا البطلان لا يكون إلا في حق الدائنين (بلاثول وريير ودودان ٧ فقرة ٩٦٧) ، ويؤخذ على هذا الرأي أن البطلان الذي لا يكون إلا في حق الغير إنما هو عدم نفاذ لا بطلان . حل أنهم يرون أن الدعوى تنطوي أيضاً على صني التصرف ، ولكنه تمريض من نوع خاص كذلك ، ويستعملون من هذا أن الدعوى البولصية هي دعوى بطلان يفرس التصرف (action en nullité à but indemnitaire) ، (بلاثول وريير ودودان ٧ فقرة ٩٦٧ ص ٣٠٠ — ص ٣٠١) — انظر أيضاً جورسان ٢ فقرة ٧٠٤ . ويصرح الأستاذان بيدان ولاجارو أن التصرف المظنون فيه يكون غير نافذ (impossible) في حق المدين (بيدان ولاجارو ، فقرة ١٠٦) ، وكذلك الأساتذة بلاثول وريير وريولانييه (٢ فقرة ١٤٤٨) .

(٥) الأستاذ أحمد حطمت أبوسليت فقرة ٦٤٥ — الأستاذ إسحاق غانم في أحكام الالتزام

ص ١٥٨ — الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص ٢١٠ — ص ٢١١ .

إليه رأى من أنها دعوى عينية<sup>(١)</sup> ، أو رأى آخر من أنها دعوى غنطلة<sup>(٢)</sup> ، وذلك من أجل تعيين المحكمة المختصة بنظرها . فان القول بأحد هذين الرأيين إنما كان مبنيًا على أساس أنها دعوى بطلان ، وأن دعوى البطلان هي دعوى عينية لأنها ترجع العين إلى ملك المدين ، أو هي دعوى غنطلة لأنها تبدأ شخصية ثم تنقلب عينية . والآن بعد أن تبين أن الدعوى البولصية ليست بدعوى بطلان ، لم يعد هناك محل للقول بأنها عينية أو غنطلة . وإنما هي دعوى شخصية<sup>(٣)</sup> ، ولكن ليس ذلك لأنها دعوى تعويض فقد نفينا عنها هذا الوصف ، بل لأن الدائن عندما يطلب عدم نفاذ تصرف المدين في حقه يبنى هذا الطلب على التزام المدين بالأب يتصرف في ماله إضراراً بدائنه ، وهذا التزام شخصي مصدره القانون . يضاف إلى هذا أن الدائن في الدعوى البولصية لا يطالب بحق عيني ، بل ولا تتول دعواه إلى انتقال حق عيني له أو لمدينه<sup>(٤)</sup> ، وكل ما يطلبه هو عدم نفاذ تصرف المدين في حقه . ولا يترتب على إجابة طلبه أن العين التي تصرف فيها المدين ترجع إلى ملكية هذا ، فان تصرف المدين يبنى قائماً . كما أن العين لا تتول إلى ملكية الدائن ، بل ترجع إلى ضمانه العام ، وعليه أن يقوم بإجراءات تنفيذية متميزة عن إجراءات الدعوى البولصية لينفذ بها على العين التي رجعت إلى ضمانه .

(ثانياً) ولما كانت الدعوى البولصية هي دعوى يطلب فيها الدائن عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين ، فمن الطبيعي أن يكون خصم الدائن في هذه الدعوى

(١) محكمة أميان الاستئنافية ١٦ مارس سنة ١٨٣٩ سيرة ٤٠-٢-١٠ .

(٢) نقض فرلن ٢٧ ديسمبر سنة ١١٨٣ سيرة ٤٤-١-١٢٢ - لا روبيير ٢

م ١١٦٧ فقرة ٤٥ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى البولصية هي دعوى شخصية يراد بها إبطال (١) تصرف مدته المحاصل بطريق التواطؤ للإضرار به وحرماته من إمكان التنفيذ على الملك المتصرف فيه ، والذي كان يتخذ عليه الدائن لضمان استعادته بحقوقه . وليس من نتائج هذه الدعوى تكتيبت ملكية المدعى لما يطلب إبطال التصرف فيه ( نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٥ مجموعة محر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ ) . وقضت أيضاً بأن الدعوى البولصية ليست في حقيقتها إلا دعوى بعدم نفاذ تصرف المدين الصادر بدائنه في حق هذا الدائن وبالقدر الذي يمكن لرقاء مدته ( نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٢ ص ٦٧٤ ) .

(٤) بوردو وبارد ١ فقرة ٧٠٧ ص ٧٣٠ - بلانويول وريير وردوان ٧ فقرة ٩٦٦ وقرة ٩٦٨ - ولا يجوز الجمع بين طلب فسخ البيع وتكتيبت الملكية وطلب عدم نفاذ التصرف ( نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة محر ٢ رقم ٧٦ ص ٢٠٦ ) .

هو كل شخص اشترك في هذا التصرف . فيرفع الدائن الدعوى على المدين ومن تصرف له المدين ، وإذا كان المتصرف له قد تصرف بمووره إلى خلف ثان وجب إدخال هذا أيضاً في الدعوى ، وهكذا <sup>(١)</sup> . فالمدين إذن لا بد أن يكون خصماً في الدعوى ، وهذا هو أيضاً ما قرره في الدعوى غير المباشرة وفقاً لأحكام التقنين المدني الجديد . وعلافاً لأحكام التقنين المدني السابق <sup>(٢)</sup> ، وقد مر القول في ذلك .

(ثالثاً) وما دام الدائن لا يطلب إلا عدم نفاذ التصرف في حقه ، فإنه يترتب على ذلك أن تصرف المدين لا يعطل ، بل يبقى قائماً بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين . بل إن الدائن نفسه يبقى متحملاً أثر تصرف مدينه إلى أن يقرر اعتباره من الغير ، بالتقاضى أو بالتراضى .

ويستطيع الدائن ألا يرفع الدعوى البولصية إلى أن تسقط هذه الدعوى بالتقادم ، فيتخمل نهائياً أثر التصرف . بل يستطيع قبل سقوط الدعوى بالتقادم أن يتنازل عنها ، فلا يجوز له عندئذ أن يعود إلى رفعها <sup>(٣)</sup> . كما يستطيع ، دون أن يرفع الدعوى ، أن يتراضى مع المدين ومن تصرف له المدين على ألا يكون التصرف نافذاً في حقه .

وخلص من ذلك أن أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن يختلف عن أثرها بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين . وهذا ما نتضل الآن إلى بحثه .

---

(١) وقد نقت حكمة الاستئناف المخطئة بأنه يجب رفع الدعوى البولصية في جميع الأحوال على المدين والخلف وخلف الخلف (٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٤ - والمدين ٢ ص ١٢٠ دى باج ٣ فترة ٢٤١ - وخلف الخلف من الخلف في التمسك بطلب تجريد المدين من أمواله (نفس سوف الكلية ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ المحبوبة الرسمية ٢١ رقم ٨٥) .

(٢) نظرية العقد المؤلف فترة ٧٤١ .

(٣) والمتنازل قد يكون صراحة أو سكتاً ، ولكن نية الدائن في التنازل يجب أن تكون واضحة ، ليرد توثيقه حيزاً على المثل المستحق في ذمة المشتري البالغ مدينه لا يصير تنازلاً من المدين بالدعوى البولصية في البيع (ديولوج ٢٥ فترة ٢٣٨ - لوران ١٦ فترة ٤٦٣ - بوردن وبارد ١ فترة ٧٢٥) .



## المبحث الأول

### أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن

٦٠٠ - عزم مضمي الرائي في الدعوى إذا استوفى حقه : لا يرفع الدائن الدعوى البولصية إلا بصفته دائناً . فإذا توافرت فيه هذه الصفة وقت رفع الدعوى ، ثم فقد ما أثناء ذلك أو بعد صدور الحكم ، بأن استوفى حقه مثلاً ، فإنه لا يستطيع الاستمرار في الدعوى أو في التنفيذ . هذا إلى أنه لم تعد له مصلحة في ذلك بعد أن استوفى حقه .

وقد يقوم للمدين نفسه بوفاء الدين ، فينهي بذلك الدعوى أو يوقف التنفيذ . ومصلحته في هذا العمل أنه يفي بدين في ذمته ، ويتوق رجوع من تصرف له لو استمر الدائن في الدعوى أو في التنفيذ .

ولكن الغالب أن المدين لا يستطيع وفاء الدائن لإحصاره . فيصح أن يقوم بالوفاء من تصرف له المدين . ومصلحته في هذا العمل هي أن يوقف الدعوى أو تنفيذ الحكم على الحق الذي تلقاه<sup>(١)</sup> . ثم يرجع بما وفاه على المدين ، شأن

---

(١) استئناف أهل ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٩٠ - ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ٤٤ - لوران ١٦ فقرة ٤٩١ - أوبري دور ٤ فقرة ٣١٣ ص ١٩٦ - بلانويول ورييه ١٠ ودوان ٧ فقرة ٢٩٣ .

وقد ذهب بعض الفقهاء في فرنسا (فيجييه (Vigier) ٢ فقرة ١٢٥٦ ص ٥٦٠) إلى أن الدعوى البولصية لا توقف بالوفاء للدائن ، لأنها دعوى بطلان متى توافر سبب البطلان وجب المنع في الدعوى والحكم به . وقد سبق أن بينا خطأ القول بأن الدعوى البولصية هي دعوى بطلان . على أنه حتى إذا فرضت صحة هذا التكييف ، فإن هذا لا يمنع من أن الدائن بعد أن استوفى حقه يفقد الصفة اللازمة في طلب الإبطال ، ولا تبق له مصلحة في ذلك ، والدعوى لا تقوم بغير الصفة ويلغى المصلحة (لوران ١٦ فقرة ٤٩١ ص ٤٧٠ - بودري وبارد ١ فقرة ٧٢٤) . ويقع الاستاذان بودري وبارد هذه الحالة على حالة التبن في القنبسة إذ تسقط الدعوى بحد التبن نقضاً لو عيّن إلى المتنازعات المنع كون تقضى بذلك المادة ٨٩١ مدني فرنسي ، وعلى حالة التبن في القنبس إذ تسقط الدعوى كذلك بتكلمة التبن إلى تسمية أعمار القيمة الحقيقية كما تقضى بذلك المادة ١٦٨١ مدني فرنسي . وقد انتفى الأمر نمواً خاصاً في هاتين الحالتين حتى يجوز رد التبن نقداً لا عينياً = (م ٦٧ - الوسيط ج ٢)

كل شخص وفي دين غيره<sup>(١)</sup>.

بل إن من تلقى الحق بعوض من المدين ، كالمشتري مثلا ، يفتتح أمامه سبيل آخر للتخلص من الدعوى البولصية إذا كان الثمن الذى اشترى به هو ثمن المثل ، وذلك بالإيداع الثمن إلى المدين ويقوم بإيداعه خزانة المحكة على ذمة الدائن ( انظر المادة ٢٤١ مدنى وقد تقدم ذكرها ) . ويستطيع من تلقى الحق التخلص من الدعوى البولصية حتى لو اشترى بأقل من ثمن المثل ، ما دام يودع خزانة المحكة ثمن المثل ، فان الدائن متى غلص له مقابل معادل للحق الذى خرج من ضمانه لم تعد له مصلحة فى الاستمرار فى الدعوى . ويمكن فى جميع الأحوال أن يعلن من تلقى الحق الدائن بالإيداع ، وليس من الضروري أن يعلن سائر الدائنين ، فقد لا يستطيع أن يعرفهم جميعا<sup>(٢)</sup> . ولكن ذلك لا يمنع سائر الدائنين ، إذا هم علموا بإيداع الثمن خزانة المحكة ، أن يبادروا إلى التنفيذ على الثمن بحقوقهم ، وهم يشاركون فى ذلك الدائن الذى وقع الدعوى البولصية

٣- الحالة الأولى ، وحتى تقتصر تكلفة الثمن على تسعة أعمار القرية فى الحالة الثانية - كذلك من يقول بأن الدعوى البولصية هى دعوى تمويض يقر سقوطها إذا استوفى الدائن حقه ، فقد أصبح لا محل للتمويض بعد ذلك .

(١) ولما كان المفروض أن المدين يمسر ، فإن من وفى الدين عنه لا يستطيع الرجوع عليه بكل ماوفاه ، فينتظر يساره حتى يرجع بالباقي ( بودى وهارد ١ فترة ٧٢٤ مكررة ) ، وقد يجيز من الثمن الثابت فى ذمته للمدين ما يوفى به الدين .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى يضمن نصاً - هو المادة ٣٢٠ من هذا المشروع - يجرى على الوجه الآتى : د ١ - إذا وفى المدين بالتزامه ، أو أصبحت أمواله كافية لوفاء بما عليه ، سقط حق الدائن فى التمسك بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين . ٢ - يستطيع من استطاع من التصرف الصادر لإسراءاً بالدائنين أن يتخلص من الدعوى إذا هو قام بوفاء حقوقهم ، أو إذا هو أثبت أن المدين منه مال يكتفى لهذا الوفاء . وقد حلت هذا النص فى لجنة المراجعة اكفاء بتطبيق القواعد العامة ( انظر أنفاً فترة ٥٨٩ فى الماشى - مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢١ فى الماشى ) . والنص يضمن سائلين : (١) ما يستتبعه من جواز وفاء المدين أو غلظه بالدائن للدائن لتسقط الدعوى البولصية (٢) حق غلظ المدين فى طلب تجريد المدين ، وقد تقدم تفصيل ذلك . إلا أننا ذكرنا هناك ( انظر أنفاً فترة ٨٩ فى الماشى ) أن الغلظ لا يطلب منه أن يدل الدائن على مال الدين يكتفى لوفاء الدين ، ولو بقى النص المخلوف لوجب عليه أن يدل على ذلك . أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٢٣ - ص ٦٢٤ .

(٢) انظر تاريخ المادة ٢٤١ أنفاً فترة ٩٨ فى الماشى .

مطلوكة الترماء كما سنرى .

## ١٠٦ - حرر شاة تصرف المبرع في حق المائتين : فإذا لم يستوف

المائتين حقه ، استمر في الدعوى حتى يحصل على حكم يقضى به على نفاذ تصرف المدين بالنسبة إليه ، فلا يسرى في حقه أثر هذا التصرف ، إذ يعتبر فيه من الغير . ويترتب على ذلك أن الحق الذي تصرف فيه المدين يعتبر أنه لم يخرج من ضمان المائتين ، فينفذ هذا عليه <sup>(١)</sup> ، ويتخذ في ذلك إجراءات تنفيذ متميزة عن إجراءات

(١) فإذا كان التصرف المظنون فيه هو ترتيب حق عين على مال للمدين — كحق ارتفاق أو انتفاع أو رهن — سقط هذا الحق بالنسبة إلى المائتين ، ونفذ هذا على المال كأن لم يترتب عليه حق ما ذكر . وإذا كان التصرف إسقاط حق عين — كالانتزاع من حق ارتفاق — رجع هذا الحق بالنسبة إلى المائتين وينفذ هذا على العين كما لو كان حق الارتفاق ثابتاً لها . وإذا كان التصرف إبراء المدين لثمة مدين له ، لم ينفذ هذا الإبراء في حق المائتين ، واعتبر الدين لا يزال موجوداً في ذمة مدين المدين ، والمائتين أن يجهز عليه حيز ما للمدين لدى الغير ( بودرى وبارد ١ لقطة ٧٠٩ ص ٧٢٢ — بلاتوك وريجر ورومان ١ لقطة ٩٦١ ) .

على أنه يلاحظ أن من تصرف له المدين قد يكون دفع إلى المدين عوضاً عن هذا التصرف ، كما إذا كان التصرف بيعاً ، فإذا كان المشتري حسن النية فلا تنزع العين من تحت يده كما قلنا . أما إذا كان سيئ النية ، فالمائتين أن يمتنع العين من تحت يده المشتري لينفذ عليها بحقه . ولكن إذا كان المائتين أن يمنع من نفسه الضرر الذي يصيبه من جراء تصرف المدين ، فإنه لا يجوز له أن يستطيع من هذا التصرف . فالأثر الذي قد يترتب في ذمة المشتري ، أو الذي قد يكون المشتري دفعه وسد به المدين بعض ديونه ، قد استفاد منه المائتين ، إما على اعتبار أنه زاد في حقوق مدينه إذا بقي ديناً في ذمة المشتري فيستطيع أن ينفذ عليه ، وإما على اعتبار أن بعض ديونه مدينه قد وقيت فقلل إحصار المدين بذلك . فيجب إذن أن تكون هذه الفائدة على اعتبار ، والمشتري أن يتحملها بما قبل المائتين ، ولا يجعله ينفذ على العين المبيعة إلا بقدر زيادة قيمة هذه العين على الفائدة التي حاصرت على المائتين ( ديولومب ٢٥ لقطة ٢٥٦ وقطة ١٤٦ مكررة — بودرى وبارد ١ لقطة ٧٢٠ وما بعدها — بلاتوك وريجر ورومان ٧ لقطة ٩٦٢ ص ٢٦٦ ) . فإذا لم تمتع على المائتين فائدة أصلاً ، بأن كان ضمن لشيء نفسه المدين مالا غير ظاهر لا يستطيع المائتين التخلي عليه كما هو الغالب في الدعوى الويلسية ، كان للمائتين أن ينفذ بحقه على العين بكل قيمتها — ويلاحظ أن حكم نفاذ التصرف بالنسبة إلى المائتين إنما يكون بالتقدير اللازم لإبراء بحقه . فإذا كان التصرف حبة نقود أو قرصاً حلاً ، فإنه لا ينفذ من هذه الحبة أو القرص بالنسبة إلى المائتين هو الجزء المكافئ للقرص بحقه ، أما ما بقي أن يبقى بعد ذلك ينفذ حتى في حق المائتين ( مستنكاف أهل ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ للقرارات ١ رقم ١/٣٧٧ ص ١٨٢ — لوران ١٦ لقطة ٤٩٤ — جروبييه لقطة ٢٢٩ — بلاتوك وريجر ورومان ٧ لقطة ٩٦٢ — نظرية النقد المثلث لقطة ٧٨٦ ص ٨١٨ ) .

الدعوى البولسية وإن كانت تفتقر بها (١)، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. ومن

(١) قد يلاحظ أن هناك شياً بين الدائن الذي يرفع الدعوى البولسية ليسترد شيئاً تصرف فيها ماله، وبين دائن أخذ رهناً — أو كان له حق اختصاص أو امتياز — على هذه العين ثم باعها للمدين. فإن الدائن الذي يرفع الدعوى البولسية، كالدائن المرتب، يستوفى حقه من العين المبيعة، ويحصل المشتري العين بإجراءات الدعوى البولسية كما يحصل إجراءات دعوى الرهن، وإذا وفى الدائن حقه سقط كل من الدعويين ويرجع في الخلفين على المدين بما وفاه من دينه، وإذا استمر الدائن في دعواه — الدعوى البولسية أو دعوى الرهن — ونفذ بحقه على العين فإن المشتري يرجع على المدين بالضيان في الخلفين. ويزيد هذا الشيء إذا رجعنا إلى عهد التفتين المذيق السابق، إذ كان الدائن الذي يرفع الدعوى البولسية، كما سئري، يستأثر بالفائدة وحده، ويقتسم كالدائن المرتب على سائر الدائنين.

وبالرغم من وجود الشيء على ذلك فربما جوهرياً بين الدائن المرتب والدائن الذي يرفع الدعوى البولسية، نذكر منها ما يأتي:

(أولاً) إذا رفع الدائن المرتب دعوى الرهن على خلف المدين، فهو في الواقع إنما يطالب العين في يد هذا الخلف الذي يعتبر مالكاً للعين حتى بالنسبة إلى الدائن المرتب. أما الدائن في الدعوى البولسية فلا يطالب العين في يد الخلف، إذ ليس له حق عين يقول له ذلك، فهو مضطر أولاً، قبل التفتيل على العين، أن يطلب عدم نفاذ تصرف المدين في حقه، فصوره العين إلى ضمانه، وبعد ذلك يستطيع التفتيل عليها. فالعين بالنسبة إليه تعتبر مملوكة للمدين، وقد رأينا أنها بالنسبة إلى الدائن المرتب تعتبر مملوكة لخلف المدين.

(ثانياً) وينبغي على الفرق المتقدم أنه في حالة الدائن المرتب يجوز لخلف المدين أن يذهب إلى تطهير العين، فإن الشغار المرحون ملكه وله أن يطهره. أما في الدعوى البولسية، فإن خلف المدين لا يستطيع التطهير، لأن الشغار غير مرحون وهو صغير في ملك المدين بالنسبة إلى الدائن، وليس أمام الخلف إلا أن يرفى للدائن حقه أو يودع المثل غرامة المحكمة كما قلنا.

(ثالثاً) في حالة الدائن المرتب، إذا وفى الخلف الدائن حقه، استطاع أن يرجع على المدين بدعوى الخلل. أما في الدعوى البولسية، فالخلف لا يرجع على المدين، يهد أن وفى دينه، إلا بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى ضمان العقد الذي تم بينه وبين المدين.

(رابعاً) أن الدائن الذي يرفع الدعوى البولسية لا يستوفى حقه من العين التي تصرف فيها المدين إذا كان هذا التصرف معارضة ولم يثبت الدائن فسخ كل من المدين وخلفه، بل وخلف الخلف في المعارضات كذلك. أما الدائن المرتب فإنه يطالب العين ويضطر إليها بحقه في يد خلف المدين وخلف الخلف، ولو كان هؤلاء جميعاً حسن النية وكان التصرف معارضة.

(خامساً) أن الدائن الذي يرفع الدعوى البولسية في عهد التفتين المذيق الجديد لا يستأثر وحده بفائدة الدعوى، بل يشاركه في هذه الفائدة سائر الدائنين، أما الدائن المرتب فله حق التقدم. وحتى في عهد التفتين المذيق السابق — حيث كان الدائن الذي يرفع الدعوى البولسية يستأثر وحده بفائدة الدعوى — لم يكن هذا الدائن يستطيع أن يمنع الدائنين الآخرين من التقدم في الدعوى، فشاركوه في فائدتها. أما الدائن المرتب فله يعني حصصاً مميزة التقدم مهما يدا من —

هنا نرى أن دخول الحق في ضمان الدائن يكون بأثر رجعي ، إذ يصبر أنه لم يحتاج من هذا الضمان كما قلنا<sup>(١)</sup>.

على أن الدائن قد يضطر إلى التنفيذ على الحق منقوصاً ، كما إذا كانت العين تحت يد موهوب له حسن النية ، فيملك هذا المرات بالقبض طبقاً للقواعد العامة<sup>(٢)</sup>. وقد يضطر إلى التنفيذ على حتى آخر حل على الحق الذي تصرف فيه المدين ، كما إذا كانت العين تحت يد مشتر ثان حسن النية ، فإن الدائن في هذه الحالة لا يتفد إلا على الثمن المستحق في ذمة المشتري التالي للمشتري الأول . وهذا إذا كان الثمن مساوياً لقيمة العين أو أكبر من قيمتها ، أما إذا كان أقل فإن الدائن يرجع بقيمة العين على المشتري الأول من النية<sup>(٣)</sup>. وإذا فرضنا موهوباً له حسن النية بدلاً من المشتري الأول ، وقد باع العين الموهوبة لمشتري حسن النية ، فإن الدائن لا يرجع على الموهوب له حسن النية إلا بقلو ما استفاد ، فإن كان

---

نشاط الدائنين الآخرين ، هذا إلى أنه لو تراحم الدائن المرتين مع الدائن الذي ربح الدعوى البولصية فإن الأول هو الذي يتقدم .  
(انظر في ذلك نظرية العقدة للمؤلف فقرة ٧١٨).

(١) ذلك أن التصرف الذي صدر من المدين ينعدم أثره ، وبصبر كأنه لم يكن بالنسبة إلى المدين . وكان يتوهم على ذلك أن جميع التصرفات التي أتت على تصرف المدين يزول أيضاً بفعل الأثر الرجعي . ولكن قواعد الدعوى البولصية تقضي كما رأينا بوجوب إثبات الفسخ في جانب من تلق العين معارضة من خلف المدين حتى يزول التصرف الثاني الذي أتى على التصرف الأول . وهو تب على ذلك أن الدائن يتفد بمحقه على العين مرهونة أو مثقلة بحق ارتفاع أو حتى انقضاء ، إذا لم يستطع إثبات الفسخ في جانب الدائن المرتين أو صاحب حق الارتفاع أو حتى الانقضاء وكان هؤلاء قد كسبوا حقوقهم معارضة من المشتري من المدين .

وقد رأينا أن الأثر الرجعي للدعوى البولصية يظهر أثره فيها لو باع المدين مفاراً لمشتري وقصد الاضرار بالدائن ، ثم أخذ شفع حسن النية هذا المفار بالشفعة ، فإن المفار يعتبر كأنه لم يخرج من ملكية المدين بالنسبة إلى الدائن ، ويسقط أثر الأخذ بالشفعة تطبيقاً لهذا الأثر الرجعي ، لأن الشفع لا يعتبر مشعراً من المشتري حتى يشترط فيه سوء النية ، بل هو يحل محل المشتري بماله ، فلذا كان المشتري قد اشترى في ظروف من شأنها أن تجعله غاضباً للدعوى البولصية ، وجب اعتبار الشفع في نفس الحالة ولو لم يثبت الفسخ في جانبه (انظر أيضاً فقرة ٥٩٣ في الخامس - نظرية العقدة للمؤلف فقرة ٧٤٦ من ٨١٩ هامش رقم ١).

(٢) ديمولوب ٢٥ فقرة ٢٥٨ - أوبري ودو ، فقرة ٢١٣ من ٢١٢ - ص ٢١٣ -

دعوى ديلارد ١ فقرة ٧١٩ من ٧٤٢ - ص ٧٤٣ .

(٣) أنظر أيضاً فقرة ٥٩٣ .

قد باع العين بأقل من قيمتها رجع عليه الدائن بالتمن دون القيمة<sup>(١)</sup>.

٦٠٢- استفادة جميع المراتب من المدين صدر التصرف أضرراً بهم:  
القاعدة في القانون الفرنسي - وكانت القاعدة كذلك أيضاً في التقنين المدني  
المصري السابق - إن الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية هو الذي يستأثر وحده  
بفائدتها دون سائر الدائنين ممن لم يدخلوا معه في الدعوى<sup>(٢)</sup>. ويعمل الفقهاء في  
فرنسا ذلك عادة بنسبة الحكم ، فإدام الدائنون الآخرون لم يدخلوا في الدعوى  
فلا يستفيدون من الحكم<sup>(٣)</sup>. ولكن يرد على ذلك بأن نسبة الحكم لم تمنع الدائنين  
الذين لم يدخلوا في الدعوى غير المباشرة من الاستفادة بالحكم الذي يصدر فيها .  
ويضيف بعض الفقهاء إلى نسبة الحكم أن الدائن في الدعوى البولصية يرفع  
الدعوى باسمه ، بينما هو يرفعها في الدعوى غير المباشرة باسم مدينه ، ومن ثم  
يستفيد هو وحده في الأولى ، ويستفيد معه سائر الدائنين في الثانية<sup>(٤)</sup>. ولكن  
يرد على ذلك أن الدائن في دعوى للصورية يرفع الدعوى باسمه ، ومع ذلك  
يستفيد من الحكم سائر الدائنين ولو لم يدخلوا في الدعوى . ويقول الأستاذان  
بودرى وبارد<sup>(٥)</sup> إن الدائن في الدعوى البولصية لا يمثل إلا نفسه ، بدليل أنه  
لو استوفى حقه سقطت الدعوى . ولكن هذه حلة غير مقننة ، فإن الدائن في  
الدعوى غير المباشرة لا يستطيع هو أيضاً المضي في الدعوى إذا استوفى حقه .

- (١) انظر آتفاً فقرة ٥٩٣ في الحاشي - استئناف مخطوط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١٢  
ص ٣٤٤ وقد سبق الإشارة إليه في حاشي فقرة ٥٩٣ - ديولوب ٢٥ فقرة ٢٥٥ - بودرى  
وبارود ١ فقرة ٧١٩ ص ٧٤٢ .  
(٢) استئناف أهل ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المحقوق ١٥ ص ٤٤ - ٩ ديسمبر سنة ١٩١٣  
الشرائع ١ رقم ١/٣٢٧ ص ١٨٣ - ١٥ مارس سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٢ ص ٧٨ -  
استئناف مصر ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٥ الحاماة ١٦ رقم ٤١٦ ص ٩٠٤ - ٢٧ أبريل سنة  
١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ ص ٢٢٩ - استئناف مخطوط ٢٠ يناير سنة ١٩٢٩ م ٢٨  
ص ١٢٢ - نقض فرنسي ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ سيرة ١٩٢٣ - ١ - ٢٥٤ - ديولوب  
٢٥ فقرة ٢٦٦ - هيك ٧ فقرة ٢٢٦ - بودرى وبارود ١٦ فقرة ٧١٥ - جوسان ٢ فقرة  
٧٠٢ - نظرية العقد المؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨٢٠ - ٨٢١ .  
(٣) بودرى وبارود ١ فقرة ٧١٥ - بيلان ولاجارد ٨ فقرة ٦٩٧ ص ٤٧٩ - دي باج ٣  
فقرة ٢٤٥ (في القانون البلجيكي) .  
(٤) بلانير وديير وودوان ٧ فقرة ٩٦٥ .  
(٥) جزء أول فقرة ٧١٨ ص ٧٤٠ .

ولذلك ذهب رأى إلى أن كل الدائنين يستفيدون من الدعوى البولصية ، حتى من لم يشترك منهم فيها ، وحتى من كان حقه لاحقاً بالتصرف المطعون فيه<sup>(١)</sup> . وهناك رأى أكثر اعتدالاً يذهب إلى أن الدائنين يستفيدون من الدعوى البولصية حتى لو لم يشتركوا فيها ، بشرط أن يكون حقهم سابقاً على التصرف المطعون فيه حتى يكونوا مستوفين لشروط الدعوى<sup>(٢)</sup> .

وبهذا الرأي الأخير أخذ التقنين الملتقى المصرى ، إذ نصت المادة ٢٤٠ من هذا التقنين ، كما رأينا ، على أنه « متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم » . فإذا ما رفع دائن مستوف لشروط الدعوى البولصية هذه الدعوى ، جاز لأى دائن آخر مستوف مثله لشروط الدعوى أن يتدخل فيها ، فيستفيد من الحكم بطبيعة الحال . وإذا لم يتدخل أحد ، ونجح الدائن الذى رفع الدعوى فى دعواه ، فإن الحق الذى تصرف فيه المدين يعود إلى الضمان العام لجميع الدائنين ممن استوفوا شروط الدعوى البولصية وكانت حقوقهم سابقة على التصرف المطعون فيه . فإذا عد الدائن الذى حصل على الحكم إلى اتخاذ إجراءات تنفيذية على الحق الذى عاد إلى هذا الضمان العام على النحو الذى أسلفناه ، كان لكل دائن استوفى شروط الدعوى البولصية بالنسبة إلى هذا الحق أن يتدخل فى إجراءات التنفيذ ، فيشارك الدائن الأول مشاركة الغرماء ، بل قد يتقدم عليه إذا كان له حق حتى يحوله هذا التقدم . وبذلك تتحقق المساواة ما بين الدائنين ، ولا يتقدم أحد على آخر لجرد أنه يبادر إلى رفع الدعوى البولصية قبله ، بل لا يكون التقدم إلا لسبب يوجبه قانوناً<sup>(٣)</sup> .

هذه القاعدة التى استحدثتها التقنين الجديد كانت محل جدل شديد فى لجنة مجلس الشيوخ . فقد قيل فى هذه اللجنة أن استئثار الدائن الذى رفع الدعوى البولصية بمفادتها فيه تشجيع له على مباشرتها ، وإلا لم ينشط دائن بالذات إلى

(١) ديرانتون ١٠ فقرة ٥٩٤ - لوران ١٦ فقرة ٤٨٨ - فقرة ٤٩٠ - ماركاديه ٤ فقرة ٥٠١ - كوليه دى سانتير ٥ فقرة ٨٢ مكررة ١٤ - دى كلتس ١ فى الدعوى البولصية فقرة ٥٩ - استئناف سخط ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠ .

(٢) لاروسبيير ٢٢ ١١٦٧ فقرة ٦٢ .

(٣) كلون نظرية لطفه المؤلف فقرة ٧٤٦ ص ٨٢٠ . ص ٨٢١ .

رفضها إذا وجد إن الدائنين الذين لم يشتركوا معه في رفضها يشتركون مع ذلك في فالتلتها . وقيل أيضاً إن نسبة الأحكام تحول دون التسليم باشتراك الدائنين الذين لم يتدخلوا في الدعوى البولصية في فالتلتها ، كما إنه لا يمكن القول بأن الدائن الذي رفع هذه الدعوى يتوب من سائر الدائنين في رفضها . وقيل كذلك أن الدعوى البولصية إنما هي دعوى بعدم نفاذ التصرف لا بإبطاله : وإذا كان البطلان لا يتجزأ فإن عدم النفاذ قابل للتجزئة فيكون التصرف غير نافذ في حق أحد الدائنين دون الباقي . ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الرأي ، وأصررت على ضرورة المساواة بين الدائنين ، فإدام الحق قد دخل في ضمانهم العام فلا محل لتقديم أحدهم على الآخرين فجرد أنه علم قبل غيره بصدور التصرف الضار ، وقد لا يعلم باقي الدائنين بهذا التصرف قبل أن يصدر الحكم في الدعوى البولصية ، فيكون في هذا التقديم إخلال بالمساواة بينهم لا يتفق مع الاتجاه العام الذي توخاه التقنين الجديد عند ما نظم الإحصار وضيق من حق الاختصاص<sup>(١)</sup>

(١) وقد جاء تقرير لجنة الشيوخ ، رداً على الاعتراضات المظمنة الذكر ، ما يأتي : والترح حلف المادة ٢٤٠ ... ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، بل اختارت إبقاء النص لأنه يبالغ حالة اضطراب الشكوى منها في ظل نصوص التقنين الحالي (السابق) . وقد صدرت اللجنة في رأياً من اعتبار جوهرى ، هو أن فكرة المساواة بين الدائنين في موقفهم من الضمان العام لم يبرهنه ، وهو أموال المدين قاطبة ، لا تتحقق إذا جعلت الأسبقية في اتخاذ الإجراء أساساً للأفضلية والاستئثار . فالتص الذي يتضمنه المشروع لا يقوم على فكرة نياية الدائنين من بعضهم ولا على طبيعة الدعوى ، وإنما هو يستند إلى ضرورة تحقيق المساواة في الانتفاع من الضمان العام . ولا ينبغي أن تحول دون ذلك نسبة الأحكام ، لأن زمام هذه القاعدة بيد الشارع ، وهو يخرج عليها كلما اقتضت المصلحة ذلك . وهذا هو المسلك الذي انتهجه كثير من التشريعات الأجنبية ودنايه المشروع ، ولا سيما أنه يتفق في اتجاهاته العامة في تنظيم الإحصار والتضييق من حق الاختصاصه (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٢٤) . هذا وقد استمادت الدعوى البولصية بذلك بعضاً من صلبها الرومانية ، فقد رأينا أنها كانت في القانون الروماني دعوى جماعية يرفضها مثل الدائنين وتعود فالتلتها على الجميع ، أما هنا فلا تزال دعوى فردية ولكن فالتلتها تتم لجميع الدائنين . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتي : وعلى أن المشروع لا يستأثر بفضل السبق في استحداث هذا الحكم ، فقد قضى التقنين البرتغالي في المادة ١٠٤٤ بأن الدعوى البولصية يكون من أثرها رد ما وقع التصرف فيه إلى ذمة المدين لمنفعة الدائنين . ونصت المادة ١١٣ من التقنين البرازيل أيضاً على أن الفائدة التي تنتج من استئصال هذه الدعوى تدخل في نطاق ما يكتسب بين الدائنين نسبة غرامه (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٠٤) — انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٢٣ (وقد ورد فيها خطأ أن الدعوى البولصية أصبحت يرفضها هذا دعوى جماعية لافردية ، والصحيح =



٦٠٣ - مجموع المراض بالتعويض: ولئان ، إذا أصابه ضرر خاص من التصرف الذي صدر من المدين ، أن يطالب ، إلى جانب عدم نقاذ التصرف في حقه على النحو الذي بسطناه ، بالتعويض عن هذا الضرر الخاص وفقاً لقواعد العامة . فإذا أثبت المقرض مثلاً أن المقرض ، إذ باء على التصرف في حقه ، قد حرمه من التنفيذ في الوقت المناسب ، فأصابه ضرر من ذلك يزيد على القوائد القانونية أو القوائد المشترطة ، جاز في هذه الحالة أن يحكم له بتعويض يزيد على هذه القوائد ، ويتقاضاها من تسبب بنش في هذا الضرر . ويتضمن في الالتزام بهذا التعويض المدين نفسه إذا كان سوى الية ، ومن تصرف له المدين إذا كان متواطئاً معه ، وخلف هذا الأخير إذا تواطأ مع سلفه ، وهكذا . وكذلك الحكم إذا لم يكن هناك سوء نية ، كما في التبرعات ، ولكن عند تقصير ، وذلك في غير القوائد فقد رأينا أنه لا يجوز الحكم بقوائد تكبيلية إلا في حالة سوء النية . ونحن في كل ذلك إنما نطبق القواعد العامة للمسئولية التقصيرية لا القواعد الخاصة بالدعوى البولصية<sup>(١)</sup> .

== أنها لا تزال دعوى فردية ولكن قائمتها تعود على جميع الدائنين من استوفوا شروطها) . هذا وإذا صدر الحكم في الدعوى البولصية لمصلحة الدائن الذي رفعها ، استفاد من الحكم كما قدمنا سائر الدائنين الذين تتوافر فيهم شروط الدعوى ، ويرجع الدائن بمصرفات الدعوى عليهم كل بقدر ما استفاد ، وذلك بدعوى الإثراء بلا سبب (انظر الأستاذ محسن شقيق في الإفلاس فقرة ٦٦ ص ٩١) . أما إذا صدر الحكم ضد الدائن ، فإنه لا يكون حجة على دائن آخر استوفى شروط الدعوى ، ويستطيع هذا الدائن الآخر أن يرفع الدعوى البولصية باسمه هو ، فإذا نجح استفاد من ذلك سائر الدائنين الذين استوفوا شروط الدعوى ، حتى الدائن الذي كان قد رفع الدعوى أولاً ولم ينجح إذا . أثبت أنه مستوف لشروط .

ويلاحظ أن القاعدة التي استحدثها التقنين الجديد ليس لها أثر رجعي . فلو أن التصرف المظنون فيه صدر قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن أحكام التقنين المذق السابق هي التي تطبق ، وإلا فأحكام التقنين المذق الجديد .

(٢) ديمولوب ٢٥ فقرة ٢٥٢ - بودوي وبارد ١ فقرة ٧١٩ - بلاتيسول وديير وودوان ٧ فقرة ٩٦٢ - وقد لا يكون هناك محل للمسئولية التقصيرية ، فلا يحكم بالتعويض بالرغم من وجود الضرر ، وعندئذ يكون الأمر مقصوراً على تطبيق قواعد الدعوى البولصية ، فيقتضى بعدم نقاذ التصرف في حق الدائن دون تعويض . ويقتضى ذلك في فرض يكون فيه المدين ومن علمه على حقه حتى النية ولا تقصير في جانبهم ، وهذا ممكن في القانون المصري إذا كان التصرف الذي صدر من المدين حبة وانتقلت العين الموهوبة بطريق الهبة أيضاً من سلف إلى خلف (نظرة على المذق المؤلف فقرة ٧٤٧ ص ٨٢١ على رقم ١) .

ويرتّب على تطبيق هذه القواعد العامة أيضاً أن العين إذا هلكت في يد المشتري أو الموهوب له سبب النية ، كان كل من هذين مسئولاً عن هلاكها ، حتى لو كان الهلاك بسبب أجنبي إذا ثبت أن العين لم تكن تهلك لو بقيت في يد اللدين . أما إذا هلكت في يد الموهوب له حسن النية ، لم يرجع الدائن بتعويض عليه حتى لو هلكت العين بخطئه ، لأن تقصير الموهوب له هنا متعلق بهلاك العين لا بمنع الدائن من التنفيل عليها . وكالهلاك التطف الكلى أو الجزئى .

كذلك يرد المشتري أو الموهوب له سبب النية الثمار ، قبضها أو لم يقبضها . أما الموهوب له حسن النية فلا يرد الثمار المقبوضة ، إذ يملكها بالتقبض (١) . وإذا بني حائر العين أو غرس أو أنفق مصروفات ضرورية أو نافعة أو كالمالية ، طبقت الأحكام الخاصة بذلك (٢) .

## المبحث الثاني

أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين

٦٠٤ - حكم التصرف المظموه فيه : قلنا أن الدعوى البولصية ليست دعوى بطلان ، فليس من أثرها أن تبطل تصرف المدين ، وإنما تجعل هذا التصرف غير نافذ في حق الدائنين . أما في حق غيرهم فيبقى التصرف قائماً ينتج كل آثاره ، إلا ما تعارض منها مع عدم نفاذ العقد في حق الدائنين . ويرتّب على ذلك :

(١) ديمولمب ٢٥ فقرة ٢٥٢ - فقرة ٢٥٥ - بودرى وبارد فقرة ٧١٩ - بلاثول وريبير وردوان ٧ فقرة ٩٦٢ - دى هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٦٢ وفترة ٦٥ - فقرة ٦٦ - وهتون ٢ ص ١١٧ - نظرية العقد المؤلف فقرة ٧٤٧ - وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن الدائن الذى يطالب بالتأجير التى قبضها خلف المدين بعد أن ثبت سوء نية لا يستلحق حقه بدعوى غير مباشرة ، بل يقتضى دعوى مباشرة مستمدة من حق خاص ثابت لهذا الدائن الذى لحقه الضرر (٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٣ ص ٩٤) .

(٢) ديمولمب ٢٥ فقرة ٢٥٣ - بودرى وبارد فقرة ٧٢٣ - دى هلتس ١ في الدعوى البولصية فقرة ٦٣ - فقرة ٦٤ وفترة ٦٨ فيما يتعلق بالمجلس لاسترداد المصروفات - نظرية العقد المؤلف فقرة ٧٤٧ ص ٨٢٢ .

(أولاً) أن التصرف المطعون فيه يبق قائماً فيما بين المتعاقدين ، بل يبق منصرفاً أثره إلى من يمثله المتعاقدان من خلف عام وخلف خاص .  
(ثانياً) عند تعارض المبدأ المتقدم مع مبدأ عدم نفاذ التصرف حتى الدائن بمال هذا التعارض بتطبيق القواعد العامة (١).

٦٠٥ - بقاء التصرف المطعون فيه قائماً: يبق التصرف قائماً نافذ الأثر بين الطرفين (٢) .

فاذا كان التصرف بيعاً مثلاً ، بقى الشيء المبيع ملكاً للمشتري ، وبقى المشتري ملتزماً بدفع الثمن ، وأنتج البيع كل آثاره من التزامات في جانب كل من المتعاقدين (٣) . فاذا نفذ الدائن على العين المبيعة واستوفى حقه منها ، فإن الباقي من ثمن العين يعد يسبها في المزداد يكون ملكاً للمشتري لا البائع ، وهذا بالرغم من أن المشتري ساء النية متواطئ مع البائع (٤) . كذلك لو رتب على البيع أن أخذ العين شفع ، ثم استوفى الدائن حقه من العين المشفوع فيها ، رجع ما بقى من العين أو من ثمنها إلى الشفع (٥) .

وإذا كان التصرف وقفاً خبيراً مثلاً ، صدر إضراراً بالدائنين ، بقيت العين موقوفة بعد أن يستوفى منها الدائن حقه . فاذا بيعت لوفاء هذا الحق ، وبقى من ثمنها شيء بعد الوفاء ، كان الباقي من الثمن وقفاً ، واشترت به عين أخرى تحمل محل الأولى عن طريق الاستبدال دون حاجة إلى وقفها من جديد ، وبقيت الجهة الموقوف عليها وشروط الوقف ونظائره لا تتغير (٦) .

(١) نظرية العقد المؤلف فقرة ٧٤٩ .

(٢) لوران ١٦ فقرة ٤٩٤ - أوبري وود ، فقرة ٣١٢ حامش رقم ٢٨ - بوردو وباردو فقرة ٧١٠ - بلاهول وريبير ورومان ٧ فقرة ٩٦٤ - استئناف غسطن ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢٢ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت ١٩ ص ٢٧١ - انظر أيضاً للملكة الإيضاحية للشرح التمهيد في مجرمة الأفعال التفسيرية ٢ ص ١٢٣ .

(٣) استئناف أميل ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجردة قرسية ٢ ص ٩٠ - ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الموقوف ١٥ ص ٤٤ - ١٥ مارس سنة ١٩٢٠ المجردة قرسية ٢٢ ص ٤٤ م ٧٨ .

(٤) استئناف غسطن ٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠ .

(٥) نظرية العقد المؤلف فقرة ٧٥٠ - ٨٢٤ ص ٨٢٥ .

(٦) استئناف غسطن ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٢ - ٢٠ يناير سنة ١٩١٦ م

وكما يبقى التصرف قائماً فيما بين الطرفين ، فإن أثره ينصرف أيضاً إلى من يطله هذان الطرفان من خلف عام أو خلف خاص . فورة المدين لا يرتون الباقي من العين التي تصرف فيها مورثهم بعد تنفيذ الدائن عليها ، ويرث ذلك ورة المشتري . وإذا كان تصرف المدين في العين بالبيع ، فإن دعوى الضمان التي نشأت من عقد البيع تنقل مع العين إلى المشتري من المشتري ، بالرغم من أنه مبيء النية ، باعتباره خلفاً خاصاً للمشتري .

أما بالنسبة إلى دائي المدين - غير الدائن الذي رفع الدعوى البولعية - فقد قلنا أن التصرف المعلن فيه يكون غير نافذ في حقهم إذا استوفوا شروط الدعوى البولعية ، ذلك أنهم يستفيدون من الحكم بعدم نفاذ التصرف كما يستفيد الدائن الذي رفع الدعوى البولعية وفقاً لأحكام التقنين المدني الجديد . ويستطيع هؤلاء الدائون جميعاً أن يتفقدوا على العين بحقوقهم ، ويقسمون ثمنها بينهم قسمة الغرماء على النحو الذي قلناه . ولكن دائي من تصرف له المدين يتفقد أثر التصرف في حقهم لقاده في حق مدينهم ، فلمهم أن يعتبروا العين مملوكة له ، وأن يتفقدوا عليها بعد أن يستوفى الدائن الذي رفع الدعوى البولعية ومن يشترك معه من الدائنين حقوقهم ، ولمهم أن يستعملوا حق مدينهم في الرجوع على المدين الذي تصرف له (١) .

## ٦٠٦- تعارض مبدأ قيام التصرف مع مبدأ عدم نفاذه في حق

الرائس وتطبيق القواعد العامة: على أنه لا يمكن تقاضي تعارض المبدأين اللذين قلناهما: قيام التصرف فيما بين الطرفين من جهة ، وعدم نفاذ هذا التصرف في حق الدائن من جهة أخرى . فلو فرضنا التصرف بيعاً ، فإن من حق المشتري

٢٨ م ١٢٢ - ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ م ١٩٥ - محكمة مصر المختلطة ٢٥ مارس سنة ١٩١٢ جازت ٢ ص ١٠٦ - منطلو أول يناير سنة ١٩١٩ المبيعة الرسمية ٢٠ رقم ٩٢ ص ١٢٠ .

(١) بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ٩٩١ - انظر عكس ذلك : بلانيول في مقاله في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٢ ص ٤٩٢ - وقد قلنا أن العين المبيعة إذا تحولت إلى مجرد دين في ذمة المشتري - كما إذا باع المشتري العين لمشتري آخر - حسن النية - فإن الدائن له رفع الدعوى البولعية لتحصل مزاحمة دائي المشتري في الرجوع على المشتري . وسنرى في العمدة أن دائي المشتري العمري يتقدم على دائي البايع ، خلافاً لما تقرره منا في الدعوى البولعية .

أن تختص له ملكية العين المبيعة طبقاً لمبدأ قيام التصرف فيما بين الطرفين ، ولا تختص له هذه الملكية إلا بعد أن يستوفى الدائن حقه من العين طبقاً لمبدأ عدم نفاذ التصرف في حق الدائن . فلا يبقى إذن إلا تطبيق القواعد العامة لتطبيق بين المبدأين .

وتطبيق هذه القواعد يؤدي إلى أن الدائن يستوفى حقه من العين المبيعة ، لأن البيع غير نافذ في حقه . ثم لما كان البيع لازماً فيما بين المشتري والمدين الذي باع له العين ، فإن المشتري يرجع على المدين بضمان الاستحقاق<sup>(١)</sup> . وله أن يطلب فسخ البيع ، ويترتب على الفسخ أن يحتل المشتري من جميع التزاماته التي نشأت من عقد البيع ، فيزول التزامه بدفع الثمن بالرغم من توافقه مع المدين وإذا كان قد دفع الثمن استرده وترقب في ذلك يمار المدين ، ويرد إلى المدين ما بقي من العين في يده بعد تنفيذ الدائن<sup>(٢)</sup> .

وله كذلك أن يرجع على المدين بما استوفاه الدائن ، فقد حصل ذلك من ماله ، ف يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب ، شأن كل شخص وفي دينا عن الغير . ويتبين مما تقدم أن المشتري له دعويان : دعوى العقد ويرفعها ضد البائع له ، ودعوى الإثراء بلا سبب ويرفعها ضد المدين . فإذا كان البائع هو المدين ، فالمشتري بالخيار في الرجوع عليه بأحدى الدعويين . ولكن قد يكون البائع غير المدين ، كما إذا كان المدين قد تصرف في العين لآخر وهذا باعها للمشتري ، ففي هذه الحالة تتفرق الدعويان على شخصين مختلفين : دعوى الاستحقاق ترفع ضد البائع ، ودعوى الإثراء بلا سبب ترفع ضد المدين . والمشتري أن يختار إحدى الدعويين<sup>(٣)</sup> .

---

(١) بلانكول وديير ووردان ٧ لفقرة ٩٦٤ - وإذا كان التصرف تبرعاً ، لم يرجع المرحوم له على المدين بضمان الاستحقاق إلا إذا اشترط ذلك في عقد المبيعة ، تطبيقاً للقواعد العامة (ديبرولوب ٢٥ فقرة ٢٧١ - لوران ١٦ فقرة ٤٩٥ - بودوى وبارد ١ فقرة ٧١٢ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥١ ص ٨٢٦ حاشي رقم ١) . وكذلك الحكم إذا كان المبرع حبة مستقرة ، أو حبة غير مباشرة كتنابل من حق شخص أو حق عين ( بودوى وبارد ١ فقرة ٧١٣ ) .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥١ ص ٨٢٦ حاشي رقم ٢ .

(٣) جروبييه فقرة ٢٣٦ - بلانكول وديير ووردان ٧ فقرة ٩٦٤ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٥١ ص ٨٢٦ حاشي رقم ٣ - وإذا كان التصرف المظنون فيه من شأنه أن يزيد في =

## ٦٠٧ - مقارنة بين الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة :

تتفق الدعويان في أن الدائن يطالب بهما موقف مدين مصر يعتمد الإضرار بدائته أو بهمل إهمالا من شأنه أن يضر بهذا الدائن ، فلا بد من إخلال المدين خصما في كل من الدعويين . وتتفقان كذلك في أن الإجراءات فيها فردية لا جماعية بخلاف إجراءات الإفلاس التجاري ، وفي أن سائر الدائتين مع ذلك يشاركون عند التنفيذ الدائن الذي رفع الدعوى ويقسمون معه ما حصل عليه قسمة للفرماء .

وتتفرق الدعويان في أن الذي يعالجه الدائن في الدعوى غير المباشرة هو عمل سلبى من المدين وهو امتناعه عن استعمال حقوقه عمداً أو إهمالا ، وما يعالجه في الدعوى البولصية هو عمل إيجابى من المدين وهو تصرفه في حقوقه إضراراً بالدائن . لذلك كانت الحماية ضد العمل الإيجابى أشد نشاطاً من الحماية ضد العمل السلبى<sup>(١)</sup> . فالدعوى البولصية يرضعها الدائن باسمه لا باسم المدين ، ويعتبر نفسه فيها من الغير بالنسبة إلى التصرف الذى يطلعن فيه . أما الدعوى غير المباشرة

---

هـ التزامات المدين ، كقرض مثلا ، فإن عدم نفاذ هذه القرض في حق الدائن السابق على هذا التصرف يجعل هذا الدائن يتقدم على المقرض فلا يزاحسه ولكن المقرض يزاحم الدائن اللاحق لسد القرض ، إذ القرض نافذ في حق هذا الدائن . وهنا يجب التمييز بين قرضين : (١) فإذا كان الدائن اللاحق قد أصبح دائناً بموجب تصرف قانونى متأخر على هذه القرض ، فهذا التصرف الذى هذه بعد إحصار المدين يكون هو الآخر غير نافذ في حق الدائن السابق . فلو أن شخصاً لا يملك إلا شيئاً قيمته ألف ، وله دائن هذا المبلغ ، ثم القرض بعد ذلك مائة من دائن ثانٍ ، ثم مائة من دائن ثالث ، فإن القرض الأول الذى كان سبباً في إحصاره لا ينفذ في حق الدائن السابق على القرض ، وكذلك القرض الثانى لا ينفذ لنفس السبب . فإذا فرضنا أن قيمة المدين زادت وقت التنفيذ إلى ألف ومائة ، فإن الدائن الأول يتقدم على الدائنين الثانى والثالث ، فيستوفى ألفاً كاملة ، ويتزاحم الدائنتان الثانى والثالث في المائة الباقية كل منهما يصيبه خمسون . (٢) أما إذا كان الدائن اللاحق قد أصبح دائناً بموجب عمل مالى — كسجل غير مشروع — فأصبح للمدين دائنتون ثلاثة ، دائن بألف ثم من أقرضه المائة ثم المضرور في ضمن غير المشروع ، فإن الدائن المقرض يكون عند ذلك وسطاً ما بين الدائن السابق والدائن اللاحق ، فهو يتأخر عن السابق وزاحم اللاحق ، وفي الوقت ذاته يزاحم اللاحق السابق ، فهناك من ذلك وضع شبيه بوضع الخزنة بين حيزين ، كما أشار إلى ذلك الأستاذ إسحاق غانم ( أحكام الالتزام ص ١٥٦ حاشي رقم ٢ ) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٦٧ .

يرفضها الدائن باسم المدين ، ويعتبر نفسه نائباً عن المدين في الحق الذي يستعمله باسمه (١) .

أما مع حيث الأحكام التفصيلية فهناك فروق كثيرة ما بين الدعويين ، نذكر منها :

(١) في الدعوى البولصية يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء ، ويمكن في الدعوى غير المباشرة أن يكون حق الدائن محقق الوجود دون أن يكون مستحق الأداء .

(٢) في الدعوى البولصية يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على المطعون فيه ، ولا يشترط في الدعوى غير المباشرة أن يكون حق الدائن سابقاً على ثبوت حق المدين الذي يستعمله الدائن .

(٣) في الدعوى البولصية التصرف الذي يطلع فيه الدائن لا بد أن يكون تصرفاً قانونياً (acte juridique) توافرت فيه شروط معينة تقدم ذكرها ، أما في الدعوى غير المباشرة فقد يكون مصدر الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينه تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية .

(٤) في الدعوى البولصية لا بد أن يكون المدين — فيما عدا التبرعات في القانون المصري — سبباً التية يريد بتصرفه الإضرار بحقوق دائليه ، بل أن سوء نية المدين وحده لا يكفي إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة ، إذ يجب في هذه الحالة إثبات سوء نية الخلف وخلط الخلف . أما في الدعوى غير المباشرة فقد يكون المدين سبباً التية وقد يكون مهملاً في استعمال حقه بنفسه ، فلا يشترط إذن في المدين سوء النية .

(٥) أثر الدعوى البولصية واحد دائماً هو اعتبار الدائن من الغير في التصرف المطعون فيه ، ذلك أنه لا توجد إلا دعوى بولصية واحدة يرفضها الدائن باسمه ،

---

(١) وقد قلنا أن الدائن يستطيع أن يستعمل كلا من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة ، لذا أعطى في إحداها جأ إلى الأخرى . ولكنه لا يستطيع الجمع بينهما في إجراءات واحدة ، لأن إجراءاتهما عظمتان (انظر آتفا فقرة ٥٦٧ — وانظر نظرية القيد المولف فقرة ٧٦١)

وهي دائماً دعوى شخصية . أما أثر الدعوى غير المباشرة فيختلف باختلاف الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين ، ذلك أنه لا توجد دعوى واحدة غير مباشرة ، بل توجد دعاوى متعددة بقدر ما للمدين من حقوق يستطيع الدائن أن يستعملها ، وهي نارة تكون شخصية وطورا تكون صينية حسب طبيعة الحق الذي يستعمله الدائن<sup>(١)</sup>.

---

(١) نظرية الحق المزيلات ققرة ٧٦١ — ققرة ٧٦٢ .



## الفصل الثالث

### دعوى الصورة\*

( Action en simulation )

٦٠٨ - مسائل تمت : نحدد أولا ما هي الصورة ، ثم نبين أحكامها ، ثم نقد مقارنة بين دعوى الصورة وكل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة .

## الفرع الأول

### تحديد الصورة

٦٠٩ - معنى الصورة وأنواعها : يلجأ المتحاقدان عادة إلى الصورة عند ما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدنا عليه لسبب قائم عندهما . ومن هنا وجد : (١) المقدن الظاهر (acte apparent) ، والمقدن الصوري (acte simulé, fictif) (٢) والمقدن المستتر (acte secret) ، وهو المقدن الحقيقي (acte réel) وتسميه المحاكم المصرية عادة بـ ورقة الضد ( contre-lettre ) .  
والصورة قسمان : صورة مطلقة (simulation absolue) وصورة نسبية

\* مراجع : باولتان (Bertin) رسالة من باريس سنة ١٨٨٥ - فوركاد (Fourcade) رسالة من باريس سنة ١٨٨٧ - جلاسون (Glauson) رسالة من باريس سنة ١٨٩٧ - كازال (Casal) رسالة من مونتيلييه سنة ١٨٩٧ - ليربورد بيجولير (Lerebours Pigeonier) رسالة من كان سنة ١٨٩٨ - ديكار (Descart) رسالة من بوردو سنة ١٩٠٧ - دافيد (David) رسالة من براتيه سنة ١٩٢١ - بولسلو (Boisselot) رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ - فلانان (Flavin) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - روسو (Roussou) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - نورت (Nort) رسالة من باريس سنة ١٩٥١ ( حل الآلة الكاتبة ) - مقال للأستاذ بلايهرل في المجلة الاقتصادية سنة ١٨٨٦ ص ٦٢٢ وما بعدها - ديجوج ١ فقرة ١٥٩ وما بعدها .

مقال للأستاذ صليب سامي في مجلة المحاماة السنة الثانية - بحث في الصورة في المصنف القانوني للأستاذ أحمد رفعت حجاجي المحاماة السنة ٣٤ ص ١٤٦٥ وما بعدها .  
( م ٦٨ الوسط - ٢٥ )

(simulation relative)<sup>(١)</sup>. والصورية التيسية إما أن تكون بطريق التستر (par voie de dissimulation). وإما أن تكون بطريق المضادة (par voie de déguisement) ، وإما أن تكون بطريق التسخير (par voie d'interposition contre - lettre) de personnes)

٦١٠ - الصورية المطلقة: وهي تتناول وجود العقد ذاته ، فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة ، ولا تتضمن الورقة المسترة عقداً آخر حقيقةً يختلف عن العقد الظاهر ، بل تقتصر هذه الورقة على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري لا وجود له . مثل ذلك شخص يريد أن يتوفى من دائنيه أن يتغلبوا على شيء يملكه ، فيبيع هذا الشيء بيعاً صورياً إلى شخص يتفق معه على ذلك ، ويكتبان بالبيع عقداً ظاهراً ، ويكتبان في الوقت ذاته سنداً مستتراً يذكران فيه أن البيع للاحقيقة له ، وهذا السند المستتر هو ورقة الضد . وفي هذه الصورة نرى اقتراب الصورية من الدعوى البولصية ، ففي كليهما يحاول المدين بنشه أن يضر بحقوق دائنيه ، وفي كليهما يعطى القانون للدائنين مجاريون به غش المدين .

على أنه قد يكون للصورية المطلقة أغراض أخرى غير الإضرار بحقوق الدائن . فقد يتفق شخص مع آخر ممن يلزم به بطل أن يبيعه بيعاً صورياً التصاب للمال المطلوب لمركز يرشح نفسه له ، كمركز العضوية في مجلس نيابي أو مركز العمدة أو نحو ذلك ، أو يبيعه بيعاً صورياً مالا يظهر به في مظهر ذوى اليسار حتى ينسب له الإغتراف في جمعية أو شركة تتطلب هذا المظهر أو مصاهرة أسرة تقتضى هذا اليسار .

ويبين من هذا - ومن الحالات الأخرى للصورية التيسية التي ستأتي - أن الصورية أوسع نطاقاً من الدعوى البولصية .

٦١١ - الصورية بطريق التستر : وتتناول نوع العقد لا وجوده ، وذلك كهيئة في صورة بيع . العقد الظاهر هو البيع وهو عقد صوري ، والعقد

---

(١) نفس مدغ ١١ مارس سنة ١٩٥٤ بموجبه أحكام التفسير ٥ رقم ٩٥ من ٥٩٢ - الأستاذ إسماعيل خانم في أحكام الالتزام بقرة ١٢٢ .

المشتر هو المبة وهو العقد الحقيقي . ويكون الغرض من الصورية عادقاً مثل هذه الحالة الحرب مع رسمية العقد فلو ظهرت المبة في ثوبها الحقيقي (١) . وقد يكون الغرض سراً السب الحقيقي للتصرف ، كأن يكتب شخص حشاك على نفسه يدين لآخر يقول عنه انه ثمن لشئ اشتراه وهو في الحقيقة قرض برأ فاحش ، وكان يصدر من شخص لأحد ورثته عقد بيع وهو في الحقيقة وصية .

٦١٢- الصورية بطريق المضادة : ولا تتناول وجود العقد أو نوعه ، بل ركناً أو شرطاً فيه . مثل ذلك عقد بيع يذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي تخففاً من رسوم التسجيل ، أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقي توقياً من الأخط بالشفعة ، ويحفظ المتعاقدان بسند مستر ، هو ورقة الضد ، يذكر فيه الثمن على حقيقته .

٦١٣- الصورية بطريق التفسير : وتتناول شخص أحد المتعاقدين ، كأن يهب شخص لآخر مالا ويكون الموهوب له المذكور في العقد ليس هو المقصود بالمبة ، بل المقصود شخص آخر يغلب أن تكون المبة غير جائزة له ، فيوسط الواهب بينه وبين الموهوب له الحقيقي شخصاً مسخراً (personne interposée) ، تكون مهمته أن يتلقى المبة من الواهب ثم ينقلها إلى الموهوب له . فيكون الغرض من الصورية بطريق التفسير عادة التغلب على

---

(١) وقد قسنت محكمة النقض بأنه إذا دفع بصورية عقد بيع سجل صادر من والده إلى والده الصورية المخلقة ، فأسالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق ، ثم استخلصت استخلاصاً سافهاً من الأقوال التجهيد إثباتاً ونفياً—بعد أن أوردت مجمل هذه الأقوال في حكمها—أن الثامن في العقد قد حيز من إثبات طبعه بالصورية ، ثم خلصت إلى القول بأن العقد عقد تملك قطعي مشيز انتقلت الملكية بموجب فوراً حال حياة البائع ، وأنه قد صحح سواء باعتباره يوماً حقيقياً أو يوماً سترية ، وأنه يحسب التسليم أن ثمناً لم يدفع فانه لا مانع قانوناً من إفراغ المبة المتجزئة في صورة عقد بيع صحيح ، فحكمها بذلك صحيح ، ولا وجه للطعن فيه بأنه فيها خلط بين الصورية التسمية والصورية المخلقة (نقض مدني ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٥٦ ص ٢٥٦ — انظر أيضاً : نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٥٢ ص ٥٩٢ وهو الحكم الذي سهلت الإشارة إليه) .

ماتع قانوني يحول دون تمام الصفقة لشخص معين (١) .  
وقد أورد التشريع المدني صوراً عظيمة من الصورية بطريق التفسير ،  
فلذكر منها :

(١) ما نصت عليه المادة ٤٧١ مدني من أنه لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء  
النهاية ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا بأسمائهم  
ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل  
في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دافعتها ، وإلا كان البيع باطلاً .  
(٢) ما نصت عليه المادة ٤٧٢ مدني من أنه لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا  
مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ،  
سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلاً .  
(٣) ما نصت عليه المادة ٤٧٩ مدني من أنه لا يجوز لمن ينوب عن غيره  
بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم  
مستعار ، ولو بطريق الوكيل العيني ، ما يبط به بيعه بموجب هذه النية ، ما لم  
يكن ذلك باذن القضاء ، ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين  
أخرى .

(٤) ما نصت عليه المادة ٤٨٠ مدني من أنه لا يجوز للسياسة ولا لغيره  
أن يشتروا الأموال للمهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء  
بأسمائهم أم باسم مستعار (٢) .

(١) وهناك ثلاثة طرق للتفسير في الصورية بطريق التفسير ، ويدعى المسخر فيه بالإسم  
المستعار (prête - nom) . في الصورية بطريق التفسير يتعامل الشخص مع سخر (personne)  
(interposée) يتولاه عنه حل تفسيره لمصلحة شخص ثالث يكون هو أيضاً ملأ هذا التفسير .  
أما في الصيغة بطريق التفسير فإن المسخر (prête - nom) يتعامل مع شخص يطلب ألا يكون  
ملأ بالتفسير . والمسخر هنا يقدم تصرفات ثلاثة كل منها تصرف جنس . الأول عقد وكالة  
يكون المسخر فيه وكيلاً عن آخر في تصرف يمثله في عقد الوكالة . والثاني عقد المسخر مع  
الآخر يقدم فيه هذا التصرف المعلن لحساب الموكل ولكن باسمه هو في تصرف إليه أثر التصرف .  
والثالث عقد مع الموكل مرة أخرى يظل له فيه أثر هذا التصرف الذي سبق أن قدّمه لحسابه مع  
الغير (انظر بلايول وديوير وأسمان ٦ ص ٤٢٨ طبع رقم ٢) .

(٢) وقد قلت حكمة استغناء مصر بأن الصورية تكون بإعطاء حقيقة العقد في شكل عقد  
آخر ، أو بإعطاء اسم أحد المتعاملين تحت اسم شخص آخر مستعار . كما تكون بإظهار وجود  
عقد لاحق له في الرجوع (اول مايو سنة ١٩٢٨ الجلسة ٩ رقم ٢١٢ ص ٢١٦) .

- ٦١٤ - شروط تحقق الصورة : ويتبين مما قلناه أن الصورة لا تتحقق إلا إذا توافرت الشروط الآتية :
- (١) أن يوجد عقدان - أو موقعان - اتحد فيهما الطرفان وللوضوع .
  - (٢) أن يخطف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط .
  - (٣) أن يكونا متعاضدين ، فيصدرا معاً في وقت واحد<sup>(١)</sup> .
  - (٤) أن يكون أحدهما ظاهراً علنياً وهو العقد الصوري ، ويكون الآخر مستتراً سرىً وهو العقد الحقيقي<sup>(٢)</sup> .

٦١٥ - تمييز الصورة عن حالات مشابهة : وهناك حالات مشابهة للصورة يجب تمييز الصورة عنها . من ذلك :

(١) إن الصورة تخطف عن التتليس في أنها عمل يتفق عليه المتعاقدان متواطئين معاً ، فليس ينشأ أحدهما الآخر ، وإنما يريدان معاً غش الغير أو إغشاه أمر معين<sup>(٣)</sup> . أما التتليس فعمل يقوم به أحد المتعاقدين لتضليل المتعاقد

(١) ولا تشترط الممارسة المادية ، بل تكفي الممارسة الفعلية ، أي الممارسة التي طرأت في ذهن المتعاقدين وانطلقت عليها ، انتهيا وقت صدور الصرف الظاهر وإن صدر الصرف المستتر بعد ذلك . وقد قلقت محكمة النقض بأن حكمة الموضع ، بما لها من سلطة تفسير العقود وتفسير الواقع ، أن تقرر أن العقد على الصوري ، وإن صدر في يوم قال لعقد آخر ، بينه وبين العقد الآخر ممارسة فعلية ، وأن العقد الأخير ، وإن وصف بأنه تراد أو تقليد ، هو في حقيقة ، حسبما انعقدت عليه نية الطرفين ، ورقة شبه تنفيذ صورة العقد الأول ( نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ بمجموعة أحكام النقض ١٠١٣ ص ٤٨ ) . وقلقت أيضاً بأنه يمكن في إحصاء الإقرار بطلان ورقة شبه توافر الممارسة الفعلية التي تربطه بالعقد ، وإن أعطفت تاريخياً ( نقض مدني ١٠١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ بمجموعة أحكام النقض ١٠١٣ ص ٣٠ ) .

(٢) في ١٠١٥ سبتمبر الكلية ٣ يولي سنة ١٩٢٥-١٩٢٦ الحام ٦ رقم ٣٠٩ ص ٤٤٥ - كثر الطبع ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ الحام ١١ رقم ٥١ ص ٩٤ - أما الباعث على الصورة فليس ركناً فيها ، وقد قلقت محكمة النقض بأن الباعث على الصورة ليس ركناً من أركان الصورة بما فهمت الباعث التي أوردته مدني السويدية ليس من شأنه وجبهه ونقض دعواه ( نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ بمجموعة أحكام النقض ١٠١٣ ص ٤٨ ) .

(٣) وقد لا يكونان سرىً فعلية . وقد قلقت محكمة النقض بأن الحكم بصورية العقد لا يظهر إلا بات موافق الطرفين فيه ، وحسب ذلك فلا كان الحكم قد أظهر هذا الأمر فلا يصح التمسك به -

### الآخر (١).

وتختلف الصورية عن التزوير كذلك ، لأن كلا من المتعاقدين عالم بالصورية ومتواطئ عليها مع الآخر. فلا يجوز إذن الطعن في العقد الرسمي أو العرفي بالتزوير بسبب صوريته (٢).

(٢) تختلف الصورية أيضاً عن التحفظ الذهني (réserve mentale) في أن الأولى نتيجة تدبير واتفاق بين طرفين ، أما التحفظ الذهني ففيه يستغل أحد الطرفين - دون أن يتفق في ذلك مع الآخر - بإظهار إرادة وإطمان إرادة أخرى تختلف عن الأولى ، فأرادته الظاهرة غير جديّة إذ تحفظ ذهنياً بإرادة باطنة تختلف عنها. فالتحفظ الذهني نوع من الصورية في الإرادة الظاهرة ، ولكنها صورية غير متفق عليها بين المتعاقدين .

(٣) ولا صورية في عقد جدي يتم بين المتعاقدين ، ثم بدا لها بعد ذلك أن يدخلها فيه تديلاً . فإذا اتفق الطرفان على عقد إيجار مثلاً ، ثم عدلا العقد فيما يتعلق بالأجرة فخفضها ، لم يكن هناك عقد صوري وعقد حقيقي ، بل هناك عقدان حقيقيان الأخير منهما يعدل الأول . وقد تقدم القول إن الصورية لا تتحقق إلا إذا كان العقدان متعاصرين (٣).

(٤) ولا صورية كذلك في عقد جدي يتم بين المتعاقدين ، حتى لو لم يكن ذلك العقد إلا وسيلة للوصول إلى غرض آخر ليس هو الغرض المباشر من العقد . فإذا تصرف المدين في ماله تصرفاً جدياً حتى يفسح على دائته فرصة

---

(١) نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨١ ص ٥٥٣. وقد تنجح الصورية والنقض ، كما إذا اتفق البائع والمشتري على صورية البيع ، ولكن المشتري أصل البائع وورثته قد يتوقع مزور ، نقضاً منه على البائع (نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٢ ص ١٩٩) .

(٢) استئناف أصل ٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢١٦ .

(٣) استئناف غلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٩ - مجموع ١ ص ١٦٠ - وهو من ٢ ص ١٢٩ - ص ١٢٠ - ويجوز إثبات صورية عقد رسمي دون الطعن فيه بالتزوير ، ما دام الخصم لا يدعي زور العقد ذاته ، بل ينص على الإلزام بأنه عقد غير جدي (نقض فرنسي ٤ يوليو سنة ١٩٢٤ ص ١٩٢٤ - ١ - ٢٨٦ - بلانك وبيير وأسمان ٦ قسرة ٢٤٢) .

(٤) مجموع ١ ص ٢١٢ - الأسطوخودوس في الإثبات ١ قسرة ٢٤٤ .

التنفيذ عليه ، فتصرف المدين في هذه الحالة تصرف جدي لا صوري ، ويطعن فيه بالدعوى البولصبة لا بدعوى الصورية<sup>(١)</sup> . وقد يجعل الزوج أحد أقاربه - كأحد والديه - على أن يرضع عليه دعوى نفقة ، حتى ينتقص بذلك من مقدار النفقة التي يحكم بها الزوجة ، ففي هذه الحالة لا تكون دعوى النفقة المرفوعة من غير الزوجة دعوى صورية ، بل هي دعوى حقيقية . وفي فرنسا قد يلجئ شخص آخر تبناً حقيقياً بقصد أن ينتقص بذلك من حقوق الورثة ، وقد يتزوج الطبيب امرأة يعالجها وهي في مرض الموت حتى يجوز له أن يتلق منها تبرعاً ممنوعاً عنه بموجب المادة ٩٠٩ من التتتين المدني الفرنسي لو لم يتزوجها<sup>(٢)</sup> .

(٥) ولا صورية في عقد ظاهر نوه فيه بالعقد المستتر ، كما في البيع مع التقرير بالشراء عن الغير (déclaration de command, élection d'ami)<sup>(٣)</sup> ، لأن شرط الصورية أن يكون هناك عقد مستتر لا يشار إليه في العقد الظاهر ، بل يبق سراً بين الطرفين . ولذلك يصعب تحقق الصورية إذا كان العمل المستتر من شأنه ألا يكون نافذاً في حق الغير إلا بطريقة من طرق الشهر ، كتسجيل أو قيد أو إعلان ، إذ في هذه الحالة يفقد العمل المستتر سرية فلا تنوافر شروط الصورية<sup>(٤)</sup> .

## ٦١٦ - منظمة الصورية : وأكثر ما تكون الصورية في العقود .

ولكن هذا لا يمنع من أن تكون في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد<sup>(٥)</sup> ، بشرط أن يكون هذا التصرف موجهاً إلى شخص معين ، لأن

(١) نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة حر ٣ رقم ١٤٩ ص ٤٢١ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٤٤ مكررة — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام لفرقة ١٢٤ .

(٢) ديموج ١ ص ٢٦٠ — بلانجيل وريبير وأسبان ٦ ص ٤٦٠ هاشم رقم ١ .  
(٣) أنظر في تكوين العلاقة ما بين المشتري الظاهر الذي يحتفظ بحق اختيار الغير والمشتري المستتر بأنها وكالة إذا أحل المشتري الظاهر حقه في اختيار الغير ، وليست بوكالة إذا لم يفسر أو اختار به المهاد : نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢ .

(٤) ديموج ١ ص ٢٦٨ . ولا صورية في عقد يمكن تصحيته من دليل داخلي في العقد ذاته (intrinsèque) لا من دليل خارجي من العقد (extrinsèque) (بيدال ولا جارد ٩ فقرة ٩٧٨) .  
(٥) قارن مع بلج ٢ فقرة ٦٢٤ ص ٥٩٠ .

الصورية نتيجة اتفاق ولا يتصور الاتفاق إلا من شخصين يتصلان معاً ،  
فالتنازل عن حق عيني ، أو الإبراء من دين ، أو إنهاء علاقة قانونية قائمة (١) ،  
كل هذا يتم بصرف قانوني مع جانب واحد ، وقد يكون هذا الصرف  
صورياً إذا اتفق الطرفان على أن التنازل أو الإبراء أو إنهاء العلاقة القانونية  
لا يقع ، وأن الحق العيني أو الدين أو العلاقة القانونية كل هذا يبقى قائماً بالرغم  
من الصرف الصوري (٢) .

وكما تكون الصورية في الخود والصرقات يصح أيضاً أن تكون في الأحكام ، وبخاصة أحكام رسو المراد التي لا تتصل بمهمة القاضي فيها مجرد استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقام البيع لم يظهر أن المراد قد رسا عليه (٣) .

## الفرع الثاني

## أحكام الصورية

٦١٧ - التصريح القانوني : نص المادة ٢٤٤ من القانون المدني

علی ما یاقی :

١٥ - إذا أبرم عقد صوري ، فللأولي المتعاقدين والخلف الخاص ، حق  
كانوا حصي النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري ، كما أن لم أن يتمسكوا  
بالعقد المستر وشعرا بجميع الوسائل صورة العقد الذي أضرهم .

٢- وإذا تعارضت مصالح قوى الشان ، فتمسك بعضهم بالحد الظاهر

(١) الأساطير عند العرب، ص ٢١٢.

(٢) أما إذا كان التصرف غير موجه إلى شخص معين، كهدية مجازاة موجهة إلى الجمهور، فإن التسوية لا تنسحب فيه، فلذا كان القواعد غير جارية وصد، أم تكن هناك صورة بل كان هذا إعطاء بين الإرادة الظاهرة والإرادة الخفية (ربما من المصلحة الخاصة) (راجع الفقرة ١٦٤ ص ٢٢٧).

(٣) نفس المجلد ١١، مطبعة ١٩٤١، ص ٣ رقم ١٢٨ ص ٣٩١ - الأمانة العامة للأمم المتحدة، ١٩٤١ - انظر في دعم جواز التسوية في الزواج والإقامة بالهجرة والجنسية في الشركات، لبنان ولا يجرى ٩، ١٩٧٥ - ١٩٧٦ - وقدر صياح ١٩٧٥ ص ٥٩٠.



ونحسب الآخرون بالعقد المستر ، كانت الإفضلية للأولين .

وتنص المادة ٢٤٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي (١) » .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن أحكامها كانت مطبقة دون نص ، ففطن التقنين الجديد القضاء المصري في ذلك (٢) .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢٤٥ - ٢٤٦ ، وفي التقنين المدني العراقي م ١٤٧ - ١٤٩ ، وفي التقنين المدني الليبي م ٢٤٧ - ٢٤٨ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٦٠ - ١٦١ (٣) .

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٢٤٤ : ورد هذا النص في المادة ٣٢٤ من المشروع التمهيدى على نحو يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة بعد تعديلات لغوية طفيفة جعلته مطابقاً لما استقر عليه ، وأصبح رقمه ٢٥١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٤ ( مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ١٢٦ - ص ١٢٨ ) .

م ٢٤٥ : ورد هذا النص في المادة ٣٢٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١٥ . يكون العقد المستر هو المتعاقدان فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم . ٢ . إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد الحقيقي هو الصحيح مادام قد استوفى شروط صحته . وفي لجنة المراجعة حلت الفقرة الأولى ، واكتفى بالفقرة الثانية بعد تعديلها على وجه مطابقة لما استقر عليه النص في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٥٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٥ ( مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ١٢٩ وص ١٤٦ - ص ١٤٧ ) .

(٢) حل أن التقنين المدني السابق اشتمل على نص عام بالمدة المستقرة في صورة عقد آخر ، وهذا شرب من شروط التصورية كما قدنا ، فنصت المادة ٧٠/٤٨ من هذا التقنين على أن « تقتل الملكية في الأحوال المروحية ، متقولة كانت أو ثابتة ، بمجرد الإيجاب من القواب والقبول من المرحوب له ، إنما إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر ، فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بصفة رسمية ، وإلا كانت الهبة لاهية » . وقد تضمنت الفقرة الأولى من المادة ٤٨٨ من التقنين المدني الجديد هذا الحكم على الوجه الآتى : « تكون الهبة بصفة رسمية وإلا وقعت باطلة ، ما لم تم تحت سطر عقد آخر » .

انظر في التصديق التقنين المدني السابق في مشروع التصورية نظرية العقد المثلث للرقم ٧٠٢ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري : م ٢٤٥ - ٢٤٦ (ملاحظات

نصوص التقنين المصري) .

ويتبين من هذه النصوص أن أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام تختلف عن أحكامها بالنسبة إلى الغير أى الدائنين والخلف الخاص. فنبحث :  
(١) أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام (٢) أحكام الصورية بالنسبة إلى الغير (٣) الصورية من حيث الدعوى وطرق الإثبات .

## المبحث الأول

### أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام

٦١٨ - الحفر الظاهر لا وجوبه : رأينا أن المادة ٢٤٥ من القانون المصري تقضى بأنه : إذا سّر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي . ويتربط على ذلك أن العقد الظاهر ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، لا وجود له ، فلا يعمل به . وهذا ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة ، ذلك أن المتعاقدين إنما أرادوا العقد المستتر لا العقد الظاهر ، فوجب أن يلتزم بما أراداه لا بما لم يريداه<sup>(١)</sup>.

= القانون المدني العراقي م ١٤٧ - ١٤٨ ( مطابقتان لنص المشروع المجهدي ، ولأحكام القانون المصري ) .

م ١٤٩ : لا يجوز للعلن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابور . ( والسبب في ذلك أن نظام التسجيل العراقي هو نظام السجل العقاري (Livre Foncier) ، وجهة التسجيل هناك تسمى الطابور عن اللغة التركية ، ومن سجل العقد انتقل الحق إلى بقوة التسجيل ، فلم يعد هناك محل للعلن في العقد بالصورية ) .

القانون المدني السلطنة المصدرة م ٢٤٧ - ٢٤٨ ( مطابقتان لنصوص القانون المصري ) .  
قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٦٠ : إن الأوراق السرية التي يراد بها تعطيل سعة وهي أو سعة ذي توقيع خاص لا يسرى مفعولها إلا بين المتعاقدين وخطائهم المصومين .

١٦١٢ : إن دائتي المتعاقدين وخطائهم المصومين للعلن أنشأه السند الظاهري استحالة للإجبرار به ، يحق لهم أن يقدموا دعوى إعلان الفسخ وأن يفتحوا بجميع طرق الإثبات .  
( والأحكام لا تختلف عما هي عليه في القانون المصري ، وإن أعطيت الشهادة ، انظر الدكتور صهي المحمدي في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٦٨ - ص ٧١ ) .

(١) استئناف غبطة ، ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢٦ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٢ =

ومن ثم إذا باع شخص شيئاً من آخر يبيعاً صورياً واحتفظ بوثقة العقد ،  
 قبحاً بين البائع والمشتري لا وجود للبائع . ويبنى البائع مالكاً للعين ، وله حق  
 التصرف فيها ، ويستطيع أن يبيعها يبيعاً جدياً بعد ذلك إلى مشتري ثانٍ والمشتري  
 الثاني هو الذي تنتقل إليه الملكية ، وليس للمشتري الصوري الأول أن يبيع  
 بعقد البيع الصوري على المشتري الثاني ولو سجل البيع الصوري قبل تسجيل البيع  
 الجدي . كذلك إذا مات البائع ، فالعين الباقية في ملكه تنتقل للميراث إلى ورثته  
 الخلف العام ، إذ العبرة بالنسبة إلى الخلف العام بالعقد الحقيقي أيضاً لا بالعقد  
 الصوري<sup>(١)</sup>.

وعلى التقيض من ذلك لا يكون للمشتري الصوري مالكاً للعين<sup>(٢)</sup> . وكذلك  
 وراثته لا تنتقل إليه ملكية العين بالميراث ، إذا مات المشتري الصوري<sup>(٣)</sup>.

٢٨ م = ١٥ م ٢٠٣ - أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٥ - ١٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م  
 ص ٣٤٦ - حين الحكم الكلية ١١ مارس سنة ١٩٢١ الخاصة ١٢ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٦ -  
 وقد حاولت بعض محاكم فرنسا الاستثنائية أن تجعل العقد الظاهر هو الذي يبرر في العلاقة فيما  
 بين المصالحين على أساس القاعدة التي تنص بأن لا يجوز للشخص أن يتسلط بالدين الصادر منه  
 (Nemo auditor propriam turpitudinem allegare) ، ولكن هذا الرأي لم يند ،  
 وقد لفتنا أن المصالحين في الصورة لا ينفصل أحدهما الآخر حتى لا يجوز له أن يتسلط بنفسه ،  
 بل الاثنان معا على الصورة .

انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال المصححة ٢ ص ٦٤٦ .  
 (١) الأستاذ سليمان مرقس في الإثبات لفقرة ٢٠٩ ص ٣٨٩ - استئناف مخطوط ١١ فبراير  
 سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ - ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٢ - ١٣ مايو سنة ١٩٠٩  
 م ٢١ ص ٣٨٤ .

(٢) ولكنه إذا تصرف فيها فانطلت إلى خلفه خاص ، كان الخلف الخاص من التبرع واستطاع  
 أن يبيع بالعقد الصوري كما سنرى . ومن ثم أسكن الأستاذ لافليه (Platou) في كتابه « العقود  
 لحساب القيمة أن يحمل البائع والمشتري الصوريين شريكتين في حق واحد (cocontractants du droit)  
 لافليه في العقود لحساب الغير لفقرة ١٢٠ - فقرة ١٢٣ ) .

(٣) هذا عالم يمكن إيراد قد اشترى العين من مودك قبل موته بطلب على وهو حسن النية ،  
 فيصبح الإرث هنا من الغير وتنتقل إليه الملكية بالبيع لا بالميراث ، ولا يصح عليه بالعقد  
 المستتر مادام لا يملك به ( استئناف مصر ٩ مارس سنة ١٩٤٢ المحررة الرسمية ٤٤ ص ١٢ ) .  
 وإذا نحن إرثت بالصورية في تصرف صدر من مودك إصراراً بمقتضى الإرث ، فإنه لا يصح  
 غيراً ، ولكن له في هذه الحالة أن يثبت للصورية بجميع الطرق لوجود تحليل على القانون ،  
 وسنرى بيان ذلك .

ولكن إن لم يكن للعقد السوري وجود كمصرف قانوني فبا بين المتعاقدين والخلف العام ، فإن له مع ذلك وجوداً مادياً قد يترتب عليه أثر قانوني . فالعقد السوري الصادر من الموصل له في العين الموصل بها يعتبر قبولاً ضمنياً للوصية ، وكذلك التصرف السوري الصادر من الوارث في عين من أعيان التركة يعتبر قبولاً للميراث في القانون الفرنسي<sup>(١)</sup>.

٦١٩ - والميرة بالمصر الحقيقي : فالذي يعتد به إذن ، فبا بين المتعاقدين والخلف العام ، كما يقول صريح النص في المادة ٢٤٥ مدني ، إنما هو العقد الحقيقي . وقد رأينا في المثل السابق أننا اعتدنا بورقة الضد ، وهي التي تعبر عن الموقف الحقيقي ، فبا بين المتعاقدين والخلف العام . فالبايع السوري يبقى مالكا للعين وتنقل منه الملكية إلى وارثه ، والمشتري السوري لا تنتقل إليه ملكية العين ومن ثم لا تنتقل منه هذه الملكية إلى وارثه .

ولما كانت الصورية كثيراً ما تستعمل للخدمة الغير والتحايل على القانون ، فقد كانت تخطط بالفسخ ، وكان كلا التعاقدين الظاهر والمستر يعتبر باطلا . ولم يميز القضاء الفرنسي بين الفسخ والصورية إلا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر<sup>(٢)</sup> ، فالعقد السوري على منع تحقيق الأغراض غير المشروعة التي يراد الوصول إليها من طريق الصورية ، واكتفى بذلك دون أن يجاوزه إلى إبطال العقد الحقيقي الذي قصد إليه المتعاقدان . وهذا هو ما تقضي به المادة ١٣٢١ من التقنين المدني الفرنسي ، إذ تنص على أن « العقود المستترة لا تنتج أثرها إلا فبا بين المتعاقدين ، ولا يكون لها أثر ضد الغير »<sup>(٣)</sup> . وهو ما استقر عليه الفقه

(١) ديجورج ١ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٣ .

(٢) ديجورج ١ ص ٢٥٩ حاشي رقم ٢ .

(٣) هذا هو النص المتعقب الذي نقتضت التقنين المدني الفرنسي في الصورية ، وقد ورد في مكان غير مناسب هو باب إثبات الالتزام . وقد تضمنت التقنينات الحديثة نصوصاً عامة في الصورية . فقتضت المادة ١١٧ من التقنين المدني الألماني بفسخ العقد الحقيقي هو الذي يبرى دون العقد الظاهر ، حتى بالنسبة إلى الغير . أما تقنين الالتزامات السويسري (م ١٨ فقرة ٢) فقد قضى ، على العكس من ذلك ، بفسخ العقد الظاهر . وجاءت نصوص المشروع الفرنسي لإبطال أحكام من نصوص التقنين المتضمنين وأكثر استيعاباً للموضوع ، فقتضت المادة ٤٩ من هذا المشروع على أنه « في حالة الصورية لا ينتج العقد الظاهر أثراً فبا بين المتعاقدين ، وإذا قصد المتعاقدان ، -

والقضاء في فرنسا<sup>(١)</sup>، وما استقر عليه القضاة والقضاة في مصر<sup>(٢)</sup> حتى في عهد  
الضيق للمدني السابق الذي لم يشتمل على النصوص التي اشتمل عليها الضيق للمدني  
الجديد، وذلك لاتفاق هذه الأحكام مع القواعد العامة، وقد قن القضاة

بالتقاضي شكل مقدس، أن ربما حدثاً آخر، فهذا القضاة الأخير يكون صحيحاً إذا توافرت  
فيه كل الشروط الموضوعية اللازمة لصدقه، ويجوز لذلك المصالحين والتغير أن يمسكوا بالقضاة  
الظاهر إذا كانوا حسن النية، ويجوز لهم أيضاً أن يغيروا الصورة التي وقفت بسببها هم،  
ويجوز إثبات الصورة بكل الطرق حتى فيما بين المصالحين<sup>(٣)</sup>. ونصت المادة ٥٠ على أن القضاة  
المستقر في لم يقرر القانون بطلانها تنفع أزماً فيما بين المصالحين وخلافها العام، ولا يجوز  
امتلاكها على من لم يكن طرفاً فيها، ولكن هؤلاء هم أن يمسكوا بها<sup>(٤)</sup>. وبلا شك أن المفروض  
الفرنسي الإبطال لم يخرج على القواعد العامة في أحكام الصورة إلا في مسألة واحدة، وهي إثبات  
الصورة فيما بين المصالحين، فقد أجاز هذا الإثبات بجميع الطرق.

(١) ديكرولومب ٢٤ ققرة ٢٧٠ - أوبري ورو ١ ققرة ٢٥ - بوردو وبارد ٤ ققرة  
٢٤٠٠ - ديوج ١ ققرة ١٦٠ و٧ ققرة ١١٤٢ - بلانلور وريبر وأسيان ٦ ققرة ٢٢٥ -  
لغس فرنسي ٦ مارس سنة ١٨٨٢ والقانون ١-١١-٣٠ مايو سنة ١٩٠٠، سيريه ١٩٠١  
١-٢٧-٢ مارس سنة ١٩٠٤ والقانون ١-١-١٩٠٤ - ١١٥ - ١٢ مارس سنة ١٩١٨ سيريه  
١٩٢٠ - ١ - ٧١.

(٢) ديولماني لفظ (acte) ققرة ١٠٢ - وهرن ٢ ص ١٣٢ - ١٣٢ - الاستاذ محمد  
صالح في الإشارات لققرة ٣١٥ - بذكرات الاستاذ محمد صادق نسي لققرة ٥٤٢، وقد قضت  
محكمة استئناف مصر بأن النسخ بصورة قد لا تكن الحكم بطلان، وإنما يجب بيان القضاة التي  
من أجلها تمرد القضاة المصريون، لأن الصورة وحدها لا تكفي بطلان القضاة، وإنما يجب إثباتها  
الفرع من الصورة مخالفة للقوانين (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحاشية ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧).  
وقضت محكمة النقض بأن دولة القضاة غير المسجلة يجوز الاحتجاج بها على طرفيها ولو كانت في  
سنة القضاة، كما أنه يجب أن يراجع بها الغير ولو كانت غير مسجلة حتى لو كانت صورة القضاة  
على أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ بصورة أحكام النقض ١ رقم ١٢ ص ٤٨). أنظر أيضاً،  
استئناف أهل ٢٧ يناير سنة ١٩٠٠ الموقوف ١٥ ص ٤٤ - استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨  
الحاشية ٩ رقم ١٢٢ ص ٢١٦ - استئناف مخطوط ٥ يولي سنة ١٨٧٩ الجمعية الفرنسية  
لقضاة المخطوط ٤ ص ٢٧٦ - ١٥ مارس سنة ١٨٨٨ بوردو ملك ٢٩٢ رقم ١١ فبراير  
سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ - ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٢ - ١٢ يناير سنة ١٨٩٨  
م ١٠ ص ٩٥ - ٤ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٢ ص ٢٢٥ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤  
ص ٢٦ - ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٢ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٢٠٢ -  
أول فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٩٥ - ١٢ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٨٤ - ٢٢  
فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٢ - ٧ مارس سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٢٢٢ - ٢٥ فبراير  
سنة ١٩٢٢ م ٣٠ ص ١٨٥ - ٩ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٤٧ ص ٢٦٢.

المصري كما قلنا في المادتين ٢٤٤ و ٢٤٥ من القانون المدني الجديد .

## ٦٢٠ - وجوب إثبات العقد الحقيقي والشروط الواجب توافرها

نميز : وأى من الطرفين يريد أن يتمسك بالعقد المستتر في مواجهة العقد الظاهر يجب عليه هو أن يثبت وجود العقد المستتر الذي يريد التمسك به ، وفقاً لقواعد الإثبات التي سنبينها فيما يلي . أما إذا لم يستطع أن يثبت أن هناك عقداً مستتراً ، فالعقد الظاهر هو الذي يعمل به ، ويعتبر عقداً جلياً لا صورياً<sup>(١)</sup> .

فاذا ما ثبت وجود العقد المستتر ، وجب أن تتوافر في هذا العقد ، حتى يسرى فيما بين المتعاقدين ، جميع الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون<sup>(٢)</sup> . فعقد المبة المستتر في صورة البيع مثلاً يجب أن يصدر من ذى أهلية للبه ، وأن تتوافر فيه أركان المبة الموضوعية وشروط صحتها<sup>(٣)</sup> . فاذا توافر كل ذلك ، أجريت على العقد أحكام المبة لا أحكام البيع ، فيجوز الرجوع فيه إلا مانع ،

(١) استئناف مخطط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٧٥ - ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٢ .

(٢) بلايول وريير وآسان ٦ ص ٤٦٢ ملحق رقم ١ - أوبري ورو طيبة سامة ١ فقرة ٣٥ ص ٢٢٥ - كولان وكايفان ومورانديير ٢ فقرة ١٩٠ - فقرة ١٩١ .

(٣) ويجب أن يكون العقد المستتر مباحاً ، فإن كان غير مباح كان باطلاً ، حتى لو ستره عقد مباح . هل ذلك ما قلص به المادة ٩١١ من القانون المدني الفرنسي من أن المبة لنفس غير أهل لتبرئها تكون باطلة ولو كانت مستترة . بل قد يصح للقانون العقد الظاهر في نفسه والعقد المستتر في نفسه ، ولكن لا يصح أن يجمع العقدان ليستر الأول منهما الثاني . هل ذلك كما كانت المادة ٢٢٢/٣٣٩ من القانون المدني السابق (المادة بالقانونين رقم ٥٠ و ٤٩ لسنة ١٩٢٣) قلص له من أنه إذا كان لشرط الوقف مقصوداً به إعطاء رهن عقارى ، فإن العقد يعتبر باطلاً لا أثر به ، سواء بصفته مباحاً أو رهنياً . قلص هذا القرض كان البيع الرقائى مباحاً في ذاته ، وكذلك رهن الهيازة ، ولكن غير مباح أن يستر رهن الهيازة في صورة بيع رقائى ، فإنا وقع ذلك كان كل من رهن الهيازة والبيع الرقائى باطلاً لاجتماع تبرج إلى النظام العام . انظر في بطلان العقد المستتر والعقد المسمى السبب غير المشروع : بيلان ولا جارد ٩ فقرة ٩٧٨ .

وفي قضية أعلنت محكمة الاستئناف القطعة المتبادتين - لا الغير - بالعقد المسمى لا بالعقد الحقيقي جزاء لما حل قرض ، فقلصت بأن المشتري لا يجوز له رفض ما يعرضه الفقيه من التزم القواعد في العقد يدعى أنه أقل من اثنين الحقيقي . إذا ثبت أن المشتري والبايع قد اتفقا على =

ويجب من نصيب الموهوب له في الميراث في القانون الفرنسي<sup>(١)</sup> ، ويجوز تبرعاً لامواضة من حيث الدعوى البولية<sup>(٢)</sup> .

أما من حيث الشكل ، فلا يشترط في العقد المشتر أن تتوافر فيه الشكلية التي قد يتطلبها القانون لو لم تكن هناك صورة . فغلبة - ولو كانت هبة مقبول<sup>(٣)</sup> - في صورة بيع لا تشترط فيها ورقة ربحية ( انظر المادة ٨٨٨قرة أولى مدني ) ، ويكفي أن يكون العقد الظاهرياً في شكله وفي موضوعه<sup>(٤)</sup> .

= ذلك حتى يتفاد من نية الرسوم التي يجب دفعها للفرقة ، ومن جهة أخرى لا يجوز البائع في هذه الحالة أن يرجع كل المشتري بالفرق في الزمن (٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . ويلاحظ في هذه القضية أن المحكمة قد أقرت حقية كل البائع جزاء هذه الفرقة دون نص يقول لما ذلك ، فالبائع قد اضطر إلى قبول أن أكل ما باع به مع أن العقد الحقيقي هو الذي يجب أن يبرر في حقيقته بالشفيع ، إذ الشفيع لا يجوز من الغير حتى يتبرع بين العقد الظاهر والعقد الحقيقي ، وإن كانت محكمة النقض اعتبره من الغيرين لنفسه مائة . وسنعود إلى هذه المسألة ( انظر الفقرة التالية ) .

(١) كذلك يجب إلتزام المية (réduction) حتى تصل إلى الحد المسموح به (quotable disponible) بالنسبة إلى الورثة إذا كانت المية لوأرث في القانون الفرنسي ، ويلاحظ أن هذه الأحكام - إلتزام المية وحسبها من نصيب الوراث - تسري في حالة الموهوب له بالورثة ، وحولاً . ويجوز من الغير في مثل هذه الحالة ( نظرية العقد الملوف ص ٨٢٧ هامش رقم ٢ ) . (٢) يهذان ولاجلد ٩ ققرة ٩٧٣ - فلا يشترط في القانونين المصري والفرنسي أن يثبت دائر القفص التي صنعت منه هبة في صورة بيع سوء نية الموهوب له ، ولا يشترط في القانون المصري إثبات سوء نية الراغب لنفسه .

(٣) نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٦ ققرة ٥٧٣ .

(٤) يهذان ولاجلد ٩ ققرة ٩٧٣ - نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص ٤٧ - فيجب إذن توافر الشروط الشكلية والموضوعية في العقد الظاهر . وعلى هذا الرأي سارت محكمة الاستئناف الأعلى في موارثها المجتمعة فيما يتعلق بالمدة المقررة في صورة البيع ، فيشترط أن يكون البيع القسري يماً كاملاً في مظهره ومن حيث استيفائه للشروط الموضوعية ، فلذا نص كل حبة الزمن على العقد حتى فيما بين المتصلين (كول مايو سنة ١٩٢٢ المجموعة الفرنسية ٢٣ رقم ٤٢ ص ١٨) . وقد كان القضاء المخطئ يميل إلى جواز أن ينص على حبة الزمن (استئناف مخطئ ١٢ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٩٧ - ١١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٨٦ - ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٥٥ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢١٦) . فكون الأضلاع أسد نظمت في الإثبات ١ ققرة ٢٤٦ . وهذه مسألة خلفت فيها في فرنسا ، فرائي يشترط توافر الشروط الموضوعية (نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ - ٩٢ - ١ - ٤١٣ - ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ مخطوطة ١٩١٤ - ١ - ١٩٢) ، وذلك لا يشترط =

ولذا أفرغ القند الظاهر في ورقة رسمية ، فانه يجوز مع ذلك أن يحوى القند  
للمستر سند حرفي (١) .

## المبحث الثاني

### أحكام الصورية بالنسبة إلى النبر

٦٢١ - تمديد من هو النبر في الصورية : قلنا أنه يجب التمييز  
في الصورية بين المتعاقدين والنبر . والنبر في الصورية يحتاج إلى التحديد ، فقد  
رأينا أن النبرية تختلف باختلاف الوضع القانوني الذي تواجهه ، فالنبر في  
الصورية يختلف عن النبر في أثر القند : وعن النبر في التسجيل ، وعن النبر في  
التقيد ، وعن النبر في التاريخ الثابت ، وعن النبر في حجية الحكم .

والوضع القانوني في الصورية الذي يكون أساساً في تحديد معنى والنبر ،  
يتلخص في وجوب حماية كل من أحدهم على القند الصوري وإطمأن إليه ،  
معتقداً بحسن نية أنه عقد حقيقي لمعنى عليه بمصلحته (٢) . فاستقرار التعامل يقتضى  
في هذه الحالة - كما تقتضى العدالة - أن يعبر القند الصوري بالنسبة إليه عقداً  
قائماً ينتج أثره إذا كانت له مصلحة في ذلك (٣) . وهذا الأساس في تحديد معنى  
النبر ، في الصورية يقتضى أن يكون غيراً ، والفرقان الآتيان :

(أولاً) كل من كسب حقاً عينياً من أحد المتعاقدين على الشيء على التصرف

(١) نقض لفرس ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ سيده ١٩١٤ - ١ - ٢٨٨) ، وانظر في هذه المسألة  
دميج ١ بقرة ١٦٧ ص ٢٧٠ - ص ٢٧٢ .

ولذا أكرم وصي عقداً صورياً عن القاسراً ما يجب فيه إذن المحكمة المدنية ، فالقند الصوري  
لا يكون له أثر بالنسبة إلى الغير إلا إذا الفعل حل إذن المحكمة المدنية ، والقند المستتر ذاته يجب  
الحصول فيه حل الإذن ليكون صحيحاً حتى فيما بين المتعاقدين ، عالم يقتصر على تقرير صورية  
القند الظاهر ( انظر في هذا المعنى مدان ولا جارد ٩ بقرة ٩٧٤ ) .

(١) استئناف خطوط ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٧٧ - هو باج ٢ بقرة ٦٢٨ .

(٢) استئناف خطوط ٢١ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٨٨ .

(٣) قردن الاستاذ سليمان مرقس في الإثبات بقرة ٢٠٩ .



الصوري ، سواء كان هذا الحق سابقاً للتصرف الصوري أو لآياله<sup>(١)</sup> .  
فلو باع شخص داراً من آخر يبيعاً صورياً ، فكل من كسب حقاً جدياً على  
هذا الدار ، قبل التصرف الصوري أو بعده ، من البائع أو المشتري ، يعتبر  
من الغير في البيع الصوري الذي تم . مثل من يكسب الحق العيني من البائع قبل  
التصرف الصوري دائن مرتين برهن له : البائع الدار ثم يبيعها بعد ذلك يبيعاً  
صورياً ، ومثل من يكسب الحق العيني من البائع بعد التصرف الصوري مشتر  
ثان يبيع منه البائع الدار مرة أخرى يبيعاً جدياً بعد أن باعها يبيعاً صورياً . فكل  
من الدائن المرتين والمشتري يتعدى بغيره غيراً بالنسبة إلى البيع الصوري ،  
ومن حقه أن يطعن في هذا البيع بالصورية على التحو الذي سنيت ، حتى يسلم له  
حقه الذي كسبه من البائع<sup>(٢)</sup> . ومثل من يكسب الحق العيني من المشتري بعد  
صدور التصرف الصوري له مشتر ثان يبيع منه المشتري الصوري الدار يبيعاً جدياً  
بعد أن اشتراها بغيره صورياً ، أو دائن مرتين برهن له المشتري الصوري الدار .  
فكل من المشتري يتعدى بغيره غيراً بالنسبة إلى البيع  
الصوري ، ومن حقه أن يتسلط بهذا البيع على التحو الذي سنيت ، حتى يسلم  
له حقه الذي كسبه من المشتري<sup>(٣)</sup> . ويستوى أن يكون الشيء محل التصرف

(١) استئناف قطط ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٨٤ - لارو : القس طلف  
٢٧ مارس سنة ١٩١٧ نصرة حر ٥ ولم ١٧٩ ص ٢٨٧ مع تعليق الأستاذ محمد حنيفة ،  
ويشترط هذا الحكم علماً أن يكون عقد الخلف المأخوذ سابقاً على التصرف الصوري ( انظر  
الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ص ١٧٥ هامش رقم ٢ ) .

(٢) ويلاحظ أن هناك للمدين المرتين الدار من البائع قبل صدور التصرف الصوري بقدر أن  
تكون له مصلحة في طعن بالصورية ، لأن حق رده محظوظ حتى لو كان البيع الصوري جدياً .  
ومع ذلك يطعن أن تكون له مصلحة ، كما إذا لم يكن له قيد الرهن قبل التصرف الصوري ، فله  
مصلحة في إسقاط البيع الصوري حتى يستطيع أن يقيد رده . وحتى إذا كان له قيد رده قبل  
صدور البيع الصوري ، فبقي له مع ذلك مصلحة في التملك بصورية البيع حتى لا يتطعن بغيره  
في يد المشتري فيحصل إجراءات الطهير : وفي بعض القضايا التي مررت على محكمة الاستئناف  
المختلطة تبين أن هناك للمدين القيد رده قبل التصرف الصوري الصادر من مدينه له مصلحة  
في طعن بالصورية ، لأنه كان له التمتع بإجراءات تزج ملكية القطار للمدين في مواجهة للمدين  
وحد دون الخلف ، فلن في تصرف المدين بالصورية حتى لا يصحك بطلان هذه الإجراءات  
(٣) مارس سنة ١٩٢١ م ٢٢ ص ١٩٩ - انظر أيضاً : استئناف قطط ٢ فبراير سنة ١٩٢١  
م ٢٢ ص ١٩٩ - ٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢١ ص ٩٧ .

(٤) ويترتب على ذلك أنه لا يجوز البائع أن يتسلط على هناك المرتين الدار للبيع ، إلا أنه  
( ٢٢ - الوسيط - ٢٢ )

## الصوري عيناً أو عيناً<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أن هذا الطريق الأول ليس إلا التلطف الخاص لأحد المتعاقدين في البيع الصوري : خطأً خاصاً للبائع أو خطأً خاصاً للمشتري .

ويلاحظ أيضاً أن هذا التلطف الخاص قد كسب حقه من البائع أو من المشتري بسبب يناير التصرف الصوري الصادر من البائع إلى المشتري . فالدائن المرتين من البائع كسب حقه بقصد الرهن وهو غير البيع الصوري ، والمشتري بقصد جدي من البائع كسب حقه بقصد البيع الجدي وهو غير البيع الصوري ، وكذلك الحال بالنسبة إلى كل من المشتري بقصد جدي من المشتري والدائن الذي ارتهن من المشتري الدار . ويترب على ذلك أنه لا يعتبر غيراً من كسب حقه على العين

كان هذا الأخير كسب حق الرهن من المشتري، يستدعي جاد فيه أن المشتري لم يطلع على خطأ ما ورد في عقد البيع (استئناف غلط ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢١٢)، ولا يجوز أيضاً التسلسل بأنه قبل للمشتري من المشتري (استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ دلم ٢٣٩ ص ٢١٧).

(١) وقد يكون الشيء على التصرف الصوري هو عين صوري عقده المدين ، فيجوز من البيع في هذا المدين الصوري من كسب حقه على هذا المدين . فإذا حول الدائن في هذا المدين الصوري المدين إلى حال له يحمل صوريه ، كان الحال له غيراً ، ولا يستطيع المدين في المدين الصوري أن يتسلل إليه بصورية المدين ، إلا لغير كما سنرى أن يتسلل بالتقيد الصوري إذا كانت له مصلحة في ذلك (في سوف ٦ أكتوبر سنة ١٩١٩ المحبوسات الفرنسية ٢١ دلم ١٠٧ ص ١٧٢ — استئناف غلط ١١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٤ ص ١٠٨ — ٢٧ يناير سنة ١٩٢٧ م ٩ ص ١٣٥ — ٧ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٩ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٥٩). وقد يكون المدين جدياً غير صوري ، ويحول الدائن حوالة صورية ، فيكون طرفاً للصورية في هذه الحالة مما للدائن المدين والحال له . أما المدين الحال عليه فهو ليس بطرف في الحوالة الصورية ، ولكنه لا يعتبر غيراً فيها ، إذ هو ليس بدائن ولا بمتلف خاص لأي من طرفي الحوالة (انظر الأستاذ أحمد كفايت في الإقليات ١ فترة ٢١٩ وقارن الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فترة ١٢٨) . فلذا ملغ المدين الحال له معطفاً بحسن نية أن الحوالة جديّة ، وكان الملغ صحيحاً مجرداً عنه ، لأنه من الغير في الحوالة ومن حقه أن يتسلل بالتقيد الصوري ، بل لأنه ملغ المدين إلى الدائن الظاهر بحسن نية . وإذا كان المدين الحال به حوالة صورية عيناً متعارفاً فيه ، ولراد المدين أن يتخلص من بطله المدين والمصرفات ، وعارض المدين أو الحال له في ذلك عسكاً بأن الحوالة صورية ، فيبدو لنا أن المدين لا يحق له التخلّص من المدين بطله المدين والمصرفات لأنه ليس من الغير حتى يحق له التسلل بالتقيد الصوري (قارن نظرية التقيد ص ٨٢٢ حاشي دلم ١ حيث أوردنا رأياً وأحكاماً يعكس ذلك) .

حل التصرف الصوري بموجب هذا التصرف الصوري نفسه . فهو باع شخص دلواً من آتير بقصد ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقي المنخفض من رسوم التسجيل ، فان الشفع في هذه الدلو لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى هذا البيع ، ولا يعني له أن يتسلك بالثمن المذكور في العقد للأخذ بالشفعة ، بل يجب أن يدفع الثمن الحقيقي إذا أتته أى من البائع أو المشتري . فذلك أن الشفع إنما كسب حقه بالشفعة ، والشفعة سبب يدخل فيه نفس البيع الذي ذكر فيه الثمن الصوري<sup>(١)</sup> ، فيكون قد كسب حقه بموجب العقد الصوري ، فلا يعتبر غيراً في هذا العقد . هذا إلى أنه من الراضح أن الشفع قد حل محل المشتري في البيع ، فهو إذن ليس بخلف عناصر المشتري إذ لم يتلق منه الملكية ، وهو في الوقت ذاته بعد أن حل محل المشتري قد أصبح طرفاً مع البائع في نفس العقد الصوري فلا يصح أن يكون خلفاً عناصراً للبائع<sup>(٢)</sup> .

(١) وقد سبق أن بينا أن الشفعة واقعة مركبة (Real complex) ، فترتب لها بيع الدين المنفردة مع الشروع أو الجبرار، وهذه واقعة مادية ، وإذن الشفع واقع في الأعم بالشفعة ، وهذا تصرف قانوني (المرتب الجزء الأول ص ١٢٢ ماضي رقم ٢) . فبمثل إذن في تركيب الشفعة ، كسب لكسب الملكية ، البيع يأخذ فيه الشفع بالشفعة ، ويعبر هذا البيع بالنسبة إلى الشفع واقعة مادية كما سبق القول .

(٢) ومع ذلك فقد جرى قضاء محكمة النقض على عكس هذا فراء كما نلاحظ به . فقد قضت بأن الشفع ، يمكن أنه صاحب حق في أخذ الدلو بالشفعة ، يخرج من طينة الغير بالنسبة لغيره هذه البيع سبب الشفعة ، ومن ثم لا يبيع عليه إلا بالبدل الظاهر . وإذن لم تكن المحكمة المنطوق فيه إذ قضت بطرد طلب الأول بالشفعة مقابل كسب قراره بالشفعة للسجل الصادر من المحكمة العامة إلى الشاعين — ويقول الشاعين إن يودعاً مصادرة توطئة بينهم وبين المحكمة بأنهم أهل ولكن لما كانت هذه المبرور موقوفاً مرفوعة لم تسجل فقد أثروا أن يصدر بيع رؤساً من المحكمة إليهم بدون صوري هو الثمن الذي تقاضاه المحكمة في المال — قد قضى بألغاء سقوط علم الشاعين عليها الأول بأن كسب المشتري يختلف من كسب قراره بالشفعة ، فإن كسب عليه بمطالبة الشفعة يكون على غير أساس (نقض مائة ٢٩ بتاريخ سنة ١٩٥٢ مبرورة أحكام النقض ، رقم ٥٩ ص ٤١١) . وقد رأينا أن محكمة الاستئناف الحظية (انظر آتياً بقرة ٦٢٠ في الملاحق) قد قضت بأن المشتري لا يجوز له رفض ما يرفعه الشفع من كسب قراره في العقد بضمري أنه أقل من كسب المشتري إنما ثبت أن المشتري والبائع قد اتفقا على ذلك حتى يتفاد من ثمة الرسوم التي يجب عليها المرافعة ، ومن جهة أخرى لا يجوز البائع في هذه الحالة أن يرجع على المشتري بالمقرض في كسب (٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ ص ٣٩٠ ماضي رقم ١) . وقد أوردنا مثلاً المحكمة في كتاب « نظرية الشفعة » (ص ٨٣٥ ماضي رقم ١) ، ورأينا هناك أن المحكمة جعلت العقد الصوري هو الذي يبري فيما بين الملاكين طلباً لها على المشتري نحو المرافعة ، والشفعة لا تكون إلا بضمري —

ويتربط على ذلك أيضاً أنه إذا كان عقد الاشتراط لمصلحة الغير ما بين  
المشروط والمتعهد عقداً صورياً ، فإنه يجوز للمتعهد أن يتسكك قبل المتنع

= ( انظر أيضاً آتياً فقرة ١٢٠ في المباحث ) . ونقول هنا ، بالإضافة إلى ما تقدم ، إن الشفع  
لا يعتبر من الغير حتى يجوز له أن يتسكك بالعقد الظاهر .

وقد استأذ الأستاذ إسحاق خان المبدأ الذي أخذت به محكمة النقض ، ويعتبر الشفع غيراً له أن  
يأخذ بالثمن الفراد في عقد البيع ولو كان أقل من الثمن الحقيقي ، ويقول إن القول بغير هذا  
يؤدي إلى نتيجة غيرعادلة وهي سقوط الحق في الأخذ بالشفعة إذا كان الشفع قد أودع الثمن  
الظاهر وفلت جهاد الثلاثين يوماً دون أن يسلم بالثمن الحقيقي ( أحكام الالتزام فقرة ١٣٠  
ص ١٧٧ ومباحث رقم ١ ) . ولكن هذا الأمر ليس سهلاً فله ، فإن الشفع لا يلزمه أن يودع إلا  
الثمن الفراد في العقد ما دام لا يسلم بالثمن الحقيقي ، فإذا ثبت أن الثمن الحقيقي أكبر من الثمن  
الفراد في العقد ، وجب عليه أن يبلغ ما أودعه إلى مقدار الثمن الحقيقي حتى يند فوات جهاد  
الثلاثين يوماً .

وبهذا الذي أضحت به محكمة النقض . ونقول بحكمه ، تطبيقات عامة أخرى . من ذلك أن  
الشفعة ، وفقاً لهذا المبدأ ، يجوز في البيع الصوري وفي البيع الفاسد ، إذ يأخذ الشفع بالعقد  
الظاهر . وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعة جائزة في الهبة المسترة في صورة البيع ، ذلك أن  
الشفيع ، بحكم أن صاحب حق في أخذ الظاهر بالشفعة ، من طبقة الغير بالنسبة إلى طرفي  
المصالحين ، كالبائع والمشتري ، فله أن يتسكك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز  
أن يحتاج بالعقد المستتر إلا إذا كان هذا العقد مسجلاً أو كان هو حالاً بصورية العقد الظاهر  
أو بوجود ورقة ضد (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ جموعة أحكام محكمة النقض رقم ١٦١  
ص ١٠٩٢) — وقضت أيضاً بأن الشفع من الغير ، فلا يصح عليه بغير العقد الظاهر ، ومن ثم  
يكون له الأخذ بالشفعة اعتباراً على العقد الظاهر ، دون نظر إلى العقد المستتر (نقض مدني ٢٥  
مارس سنة ١٩٥٤ جموعة أحكام النقض رقم ١٠٤ ص ٩٣٥) . وقضت بأن من المقرر  
لأنونا أن ورقة ضد لا يصح بها إلا فيما بين المالكين ، وأن الغير أن يتسكك بالعقد الظاهر ،  
وذلك سواء أكانت ورقة ضد ثابتة بالتاريخ أم كانت غير ثابتة ما دامت هي لم تسجل في كان  
العقد سرياً أنه بيع لا وهن ، فلا يجوز قانوناً التسكك قبل الشفع — وهو من طبقة الغير  
بالنسبة إلى ذلك العقد — بأنه وهن لا بيع ، بناء على إقرار من البائع بذلك مقول أنه صار ثابت  
التاريخ بوقعة بعض الشهود اللذين عليه (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٤ جموعة ص ٤ رقم  
١٦١ ص ٤٠٢) . وقضت محكمة الاستئناف الحظية ، في هذا المعنى أيضاً ، بأنه لا يجوز التمسك  
على الشفع بستة سنين جاهد له أن البيع ليس إلا ضماناً للمشتري الحق له في ذمة البائع ، حتى إذا  
ملح البائع التمسك بسبع البيع (٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٢) .

ولا نرى ، في كل ما تقدم من تطبيقات ، أن الشفع يعتبر غيراً في الصورة ، فليس له أن يأخذ  
بالشفعة في البيع الصوري ، ولا في البيع الفاسد ، ولا في أي بيع يترد عقداً لا يميز الأخذ  
بالشفعة . والأحكام التي استجريت غيراً لا تنفي ، في رأينا ، مع منقح البعيرة في الصورة على  
المعنى الذي أوضحناه (انظر من هذا الرأي الأستاذ أحمد نشأت في الإلهامات فقرة ١٤٤ مكررة ب =

بالصورية حتى لو كان المنتفع حسن النية لا يملك بصورة العقد . ذلك أن المنتفع لا يعتبر غيراً في هذه الصورية حتى يستطيع التمسك بالعقد الظاهر ، فهو قد استمد

= عكس ذلك الأستاذ إسحاق غانم في أحكام الالتزام بقرة ١٣٠ ص ١٧٧ وحملنى وقم ٢ .  
والظاهر من التحليل الذى قدمناه أن هناك طائفة - غير المتعاقدين والخلف العام - لا تدخل مع ذلك في طبقة الغير . فهذه يبرى في حقها العقد الحقيقي ، لأن هذا هو مقتضى تطبيق القواعد العامة ، إذ سرعان العقد الصورى إنما يكون استثناء على خلاف القواعد العامة وفى حق طبقة الغير دون غيرها . والشفيع يدخل في هذه الطائفة المشار إليها ، فيسرى في حقه العقد الحقيقي لا العقد الصورى . وقد قننت محكمة الاستئناف المخططة بأن الشفيع إذا أراد الأعب بالشفعة من المشتري ، وبماح المشتري العقار لمشتري ثان ، يستطيع أن يظن في البيع الثاني بالصورية ، حتى بأعب العقار من المشتري الأول بشروط البيع الأول ، وقد تكون أوسع من شروط البيع الثاني ( ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢ ، وانظر أيضاً استئناف أهل ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجلد الرسمية ٢٥ رقم ٦٩ - سوفارب : استئناف مخطط ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٨ ) . وليس من متناه أن الشفيع ، إذ يظن في البيع الثاني بالصورية ، يكون غيراً ، فهو ليس من طبقة الغير كما قلنا ، بل يسرى في حقه دائماً العقد الحقيقي دون العقد الصورى . وهو يتسلك بالبيع الأول لأنه البيع الحقيقي ، ويظن بالصورية في البيع الثاني حتى يستعيد سرهانه في حقه . ولو كان الشفيع غيراً ، لجاز له أن يتسلك بالبيع الصورى إذا كانت شروط هذا البيع أفضل له من شروط البيع الحقيقي ، ولكنه لا يستطيع ذلك في رأينا ، ولا يجوز له أن يأعب بالشفعة إلا على أساس البيع الحقيقي .

ومع ذلك ، غير الشفيع ، أشخاص آخرون يدخلون في هذه الطائفة التى لا تعتبر من طبقة الغير ، فلا يسرى في حقهم إلا العقد الحقيقي ، ولم أن يتسكوا بصورة العقد الظاهر . من ذلك ما قننت به محكمة النقض من أن الصورية في العقود يصبح التمسك بها لسلك ذو مصلحة ولو لم تكن بينه وبين المتعاقدين رابطة عقدية ، وحل ذلك يجوز الظن من مقرر العقار بصورة العقد الصادر ببيع العقار ذاته من بائع آخر إلى مشتري آخر ( نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٧٣ ص ٣٨٢ - انظر أيضاً : استئناف مخطط ٤ يونيو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢٩ ) . ومن ذلك أيضاً ما قننت به محكمة الاستئناف المخططة من أنه يجوز للمعاذ ، ولو لم يثبت أنه مالك ، أن يدفع دعوى الاستحقاق بصورة البيع الصادر إلى مدعى الاستحقاق ( استئناف مخطط ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٦ ) . وفى قاضى قرآن قضائية تلقى الشك في جديده البيع ، ينتقل صبه الإثبات إلى من يتسلك بهذا البيع ، وعليه أن يثبت هو أن البيع غير صورى أو أن هذه القرائن القضائية دلالة لها ( استئناف مخطط ٨ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٦ ) . وللعزارة العامة أن تتسلك بالصورية إذا تضمن العقد بياناً غير حقيقى للاضرار بها ( استئناف مخطط ٣ مايو سنة ١٩٩٩ م ١١ ص ٢١٣ ) - حل أنه يجب التمسك بصورة العقد الظاهر أن تكون هناك مصلحة شخصية مباشرة لمن يظن بالصورية في هذا العقد ، فلا يجوز لأعاب التمسك بصورة عقد يملك مرفح بموجبه انتساب لقانونى ( نقض فرنسى ١١ أبريل سنة ١٩١٥ م ١٩١٢ - ١ - ٩٧ - ١٤ مارس سنة ١٩١١ م ١٩١٢ - ١ - ٩٩ =

حده من هذا القيد ، وفرض الغير في الصورة كما قررنا ألا يكون حقه الذي  
تراد حايته من الصورة مصلوه القيد الصوري ذاته <sup>(١)</sup>.

(ثانياً) الماتون الشخصيون (chirographaires) لكل من المصالحين طرفي  
الصورة <sup>(٢)</sup>

فلان المشتري في البيع الصوري يغير من الغير ، إذ أنه قد اطمأن إلى أن  
الشيء محل التصرف الصوري قد انتقل إلى المشتري ، فدخل في ضمانه العام ،  
وله في هذه الحالة أن يتسلك بالقيد الصوري . وكذلك دائن البائع في البيع  
الصوري يغير من الغير ، ولكن لسبب آخر هو أن الشيء محل التصرف الصوري  
لم يخرج من ملك البائع ، أي لم يخرج من ضمان العام فلان ، فلان  
في هذه الحالة أن يتسلك بالقيد الحقيقي <sup>(٣)</sup>.

وبين مع ذلك أن الماتين الشخصيين تولى يتصرفون من الغير في بعض  
أوضاع قانونية ، وطوراً لا يتصرفون من الغير في أوضاع قانونية أخرى . فهم  
يتصرفون من الغير في الصورة والقوى البولندية والقيد (inscription) ، حيث  
تجب حمايتهم من غش اللعين أو حيث يجب أن يطبقوا إلى المركز الظاهر

= ديجري ١ قارة ٢٩٥ . ولكن يجوز ذلك لرفع آخر ينقل المرفح الأول ، إذ أن لنا للرفع  
الأخر سلطة شخصية سيادة في الفن بالصورية . تقرر في كل ذلك الأستاذ إسماعيل خان في  
أحكام القانون قارة ١٧٨ .

(١) الرصيد الجزء الأول قارة ٣٨١ ص ٥٨٦ ملحق رقم ٢ .

(٢) استئناف أجل ٢٨ مايو سنة ١٩١٣ المبررة الرسمية ١٥ رقم ٧ ص ١٤ — ٢٧  
ديسمبر ١٩١٦ المبررة الرسمية ١٨ رقم ٤٢ ص ٧٥ — استئناف خطط ٢٢ فبراير سنة  
١٩١٦ م ٢٨ ص ١٦٢ — ٢٥ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٥ ص ١٨٥ . انظر مع ذلك : استئناف  
خطوط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٧٩ .

(٣) إلا أن حكم بصورية بيع معلق دين الحسن في حلقه الماتين الصوري يشار للماتين المحكوم  
لم بالصورية ، وانضمت مزاحمة هذا الماتين لم في قانونيته . للصوري من ملك اللعين المجل  
التصرف فيه ، إذ أن يتصرفوا هم بينهم مع ومن ذلك بطريق الأولوية (نفس ملحق ٢٢ مارس  
سنة ١٩٢٤ مبررة عمر ١ رقم ١٧٢ ص ٢٤٤) . ولما باع شخص شيئاً لآخر يباعاً صورياً ،  
فيحيا للمتعري الصوري هو أيضاً يباعاً صورياً لفترة ثان ، فإن البائع الصوري الأول — وهو  
دائن للمتعري — بموجب ردة القيد — يغير من الغير بالقيد إلى القيد الصوري الثاني من  
المتعري الأول إلى للمتعري الثاني ، فيجوز له إقباط هذه للصورية جميع طرق الإقباط (نفس  
ملحق أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مبررة أحكام القيد ١ رقم ١٢ ص ٤٨)

وأن يصلحوا على مقتضاه . وهم لا يعتبرون من الغير فيما عدا ذلك مع الأوضاع القانونية ، كسبب أثر العقد وحجية الحكم وثبوت التاريخ والتسجيل (transcriptions) ، فيسرى في حقهم أثر العقد وحجية الأمر المقضى والتاريخ غير الثابت والعقد غير المسجل .

والدائن الشخصي يعتبر من الغير في الصورة سواء كان حقه مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء ، ما دام غالياً من النزاع ، ومركزه في ذلك كتركزه في الدعوى غير المباشرة ، بخلاف الدعوى البوصية فقد رأينا أن حقه يجب أن يكون مستحق الأداء .

ولا يشترط كذلك في الدائن الشخصي البايع ، حتى يعتبر من الغير في الصورة ، أن يكون حقه سابقاً على التصرف الصوري ، بل يصحح أن يكون تالياً لهذا التصرف ، إذ تصرف المدين الصوري يبقى صورياً حتى بالنسبة إلى الدائنين الذين استجدهوا بهذا التصرف ، ولا يزال الشيء محل التصرف داخلاً في الضمان العام للدائنين ، سواء من كان منهم سابقاً على التصرف الصوري ومن كان منهم لاحقاً له<sup>(١)</sup> . وما قلناه في الدائن الشخصي البايع نقوله في الدائن الشخصي المشتري ، فهو من الغير سواء كان حقه تالياً للتصرف الصوري أو سابقاً عليه ، ففي الحالتين دخل الشيء ظاهراً في الضمان العام للدائنين<sup>(٢)</sup> . وفي هذا أيضاً يتفق مركز الدائنين

---

(١) نقض ملف ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٦ بحسبة حر ٥ رقم ٦٧ ص ١٥٤ - استئناف غلط ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ .

(٢) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ الحضانة ٩ ص ٢١٦ - ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ الحضانة ١٣ ص ١٧٤ - أسيرت للكتابة ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ بحسبة الرسمية ٢٩ رقم ١/٧٥ - استئناف غلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ - ٩ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ - ويقول بالقبول وديع وأسيان ( جزء ٦ رقم ٣٣٧ ص ٤٦٤ - ص ٤٦٥ ) إن الأمر بإن ليس مقصوراً على حالية الدائنين الذين كان لهم أن يطبقوا إلى تصرف ظاهر وقت ثبوت حقيهم ، لأن دائن المشتري الذي ثبت حقه قبل صدور البيع الصوري لا يمكن أن يكون له إشهاد وقت ثبوت حقه إلى أن عليه ملك الشيء المبيع صورياً ، لأن المدين لم يكن له المشتري الشيء وقت ذلك ، ولا يستطيع من جهة أخرى أن يستند إلى حقه البيع الذي ملكه للمشتري بوجه الشيء في الظاهر لأنه ملكه صورياً وليس له وجود فعلي . فلهذا فإن فكرة إشهاد مخرقة على نصائحين بالمران غير صحيحة ، فلو كان بما يقرره إذا كان الغير مسلماً في ذلك .

الشخصي في الصورة مع مركزه في الدعوى غير المباشرة ويختلف عن مركزه في الدعوى البوصية .

### ٦٢٢ - للمفبر أنه يتحمل بالعقد المستتر: وقد رأينا المادة ٢٤٤

من التقنين المدني تحدد الغير في الصورة بأنهم هم دائنو المتعاقدين والخلف الخاص، على النحو الذي يبناه فيها تقدم، وتقضى بأن هؤلاء أن يتمسكوا بالعقد المستتر .

والأصل هو أن العقد المستتر - وهو العقد الذي له وجود حقيقي والذي أراده المتعاقدان - هو الذي يسرى ، حتى بالنسبة إلى الغير . أما العقد الظاهر فلا وجود له ، فالأصل فيه أنه لا يسرى ، حتى بالنسبة إلى الغير ، إلا إذا كانت له مصلحة في ذلك كما سئري .

فالعقد المستتر هو إذن الذي يسرى في الأصل في حق الغير<sup>(١)</sup> ، حتى لو كان الغير لا يعلم بوجود هذا العقد في مبدأ الأمر ، واعتقد أن العقد الظاهر هو عقد جلد<sup>(٢)</sup> .

(١) ويتحمل به الغير طبعاً عند تحقق المصلحة له في ذلك : استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ الجمعية الرعية ٢٩ رقم ٣/١٢٦ - استئناف مخطط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ - ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠ - ١٧ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠١ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٣ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٣٧ - ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ - انظر أيضاً دي غلن ١ لفظ acte لقرة ١٠٤ - الأستاذ عبد السلام ذفي في الإثبات ص ٣٢٦ وما بعدها .

(٢) وحتى لو كان العقد الظاهر قد تأيد بحكم، فلا يمنع هذا من الطعن فيه بالصورة والتسك بالعقد المستتر ( استئناف مخطط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٤٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧ - ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٦٦ ) . وكذلك الدعوى الصورية لا تضر الغير ، وقد نفتت محكمة الاستئناف الأهلية بأن حل المحاكم أن تحكم برد وطلان كل دعوى يظهر لها أنها صورية، ولو وافق المدعي عليه فيها ، متى تبين لها أنها لم ترض إلا بقصد الإضرار بحقوق مكتسبة لآخر ( ٢١ فبراير سنة ١٩٠١ المرقوق ١٦ ص ١٠٥ ) . ويجوز المشتري أن يتسك ب ورقة ضد بين البائع والمشتري لعين المبيعة ، فيطالب المشتري بالأجرة المذكورة في ورقة لصفه إذا كانت أصل من الأجرة المذكورة في عقد الإيجار الظاهر ، أما إذا كانت الأجرة المذكورة في عقد الإيجار الظاهر في الأصل لمشتري أن يتسك بالعقد الظاهر لأن له مصلحة في ذلك فيطالب المشتري بالأجرة الأصل ، ويرجع المشتري على البائع بالفرق بين الأجرة الظاهرة والأجرة المستترة ( وهنون ٢ ص ١٣٩ ) .



ويترب على ذلك أن لدائى البائع ، إذا كان البيع صورياً ، أن يتسكوا بالعقد المستر حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين المبيعة على أساس أنها لم تخرج من ملك البائع<sup>(١)</sup>. ولم أيضاً أن يتسكوا بأن البيع حقيقة مبهمة مسترة حتى يسبل عليهم الطعن فيها بالدعوى البولصية دون حاجة إلى إثبات الفش . وهذا كله حتى لو لم يثبت حقهم في ذمة البائع إلا بعد صدور البيع الصورى كما أسلفنا الإشارة . وإذا أثبت دائن البائع صورية البيع ، فانه لا يستأثر وحده بالتنفيذ على العين المبيعة ، بل يشترك معه في التنفيذ سائر الدائنين ، ذلك لأن الدائن إنما حصل على حكم يقرؤ أمراً واقعاً هو أن العين لم تخرج من ملكية المدين ، وبذلك تبقى في الضمان العام لكل الدائنين ، فلا ينفرد الدائن الذى رفع دعوى الصورية بالتنفيذ عليها وحده<sup>(٢)</sup> .

أما أن الشفع يتسك بالتمن الحقيقى لا بالتمن الأعل للقرارد في العقد ، فإن ذلك لا يرجع إلى أن الشفع يعتبر غيراً في الصورية ، ولكن إلى أنه يسرى في حقه دائماً العقد الحقيقى لا العقد الصورى ، وقد تقدم بيان ذلك ( انظر عكس هذا الرأى الأستاذ إسماعيل خان في أحكام الالتزامات بقرة ١٢٩ ص ١٧٦ ) .

(١) وكانت محكمة الاستئناف القطرية قد قضت بأن على دائن البائع أن يدفع دعوى الصورية مستقلة ليسبل إلى تقرير أن طه البيع صورى لا وجود له ، وبأن هذا من ناحية الإجراءات أحد من أن يطلب الحكم بالصورية في صورة دفع في دعوى لستحقاق تزفع أثناء إجراءات العقبة ( استئناف مخطط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٥٢ ) ، ولكنها رجعت عن هذا الرأى لقضت بأنه يجوز للدائن أن يدفع دعوى الاستحقاق بالصورية في صورة دفع لا في صورة دعوى مستقلة ( استئناف مخطط ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٨٩ ) .

(٢) لاومير ٢٢ ١١٦٧ بقرة ٦٣ — وانظر أيضاً بوردى وهارد ١ بقرة ٧٣٩ ، ولكنها يطعن على الحكم بطلاناً آخر ، فتستدأ أن للدائنين إذا استطاعوا كلهم من دعوى الصورية فذلك لأن الحكم بالصورية قد صدر في مواجهة المتصلين فيسرى في حق دائنهم . ويتعين ما تقدم أن دعوى الصورية ليست بدعوى بطلان ولا بدعوى فسخ ، وإنما هي دعوى يطلب فيها التقرير بأن العقد غير موجود ( استئناف مخطط ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤ ) .

ويلاحظ أن بعض الفقهاء يذهبون إلى أن دعوى الصورية لا تقبل إلا هاتين القه وهما ، وهككون في ذلك إلى نسبة الحكم وإلى أن هاتين يرفع الدعوى بنفسه ( أوبرى ودو ، طية خاسة بقرة ٢١٤ ص ٢٤٢ وماش دلم ٥٢ — جرويه بقرة ٢٣٩ — بلانول ودوج وهران ٧ بقرة ٩٧٤ ) . ويطلب القضاء البت في طه العقد ، فعنه أن هاتين وحده من القه يطعن من دعوى الصورية ولا يفتلكه سائر الدائنين ( رار محكمة الاستئناف بقرة الأولى دلم ٥٤ الصادر في ١٧٧/١٩٤٧ ، انظر في كور المحقق في آثار الالتزام في القانون البتال ص ٧١ ) . ولا كلفه التعديلات التي يضاف عليها طه الرأى — وهي نسبة الحكم — ودفع الحكم للدعوى في

كذلك الخلف الخاص ، الذي كسب حقه من البائع على العين المبيعة صورياً ، أن يتمسك بالعقد المشترى . ومصلحته في ذلك ظاهرة إذا كان قد كسب حقه بعد صدور البيع الصوري ، حتى يكون كسبه لهذا الحق صحيحاً . وله مصلحة كذلك في التمسك بالعقد المشترى حتى لو كسب حقه قبل صدور البيع الصوري ، إذا كان هذا الحق لم يشهر على الوجه الذي يوجب القسانون قبل تسجيل البيع الصوري ، أو حتى إذا كان قد شهر ولكن الخلف الخاص يريد أن يتجنب إجراءات حق التبع ولا يتحمل حق التطهير ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . مثل ما قلنا أن يبيع الراهن العين المرهونة فيما صورياً ويكون الدائن المرتهن لم يقيده الرهن قبل تسجيل البيع الصوري ، أو يبيع المالك العين مرة ثانية فيما صورياً بعد أن يكون قد باعها فيما جدياً ويسجل المشتري الثاني عقده الصوري قبل أن يسجل المشتري الأول عقده الجلي ، فللدائن المرتهن في المثل الأول ، والمشتري الأول في المثل الثاني ، أن يتمسكا بالعقد المشترى ويطلبنا في العقد الظاهر بالصورية<sup>(١)</sup>.

= باس - تطلق مع الاشارات المستقاة في الدعوى البرلوسية ، وكان الدائن في الدعوى البرلوسية يستأثر بالتفدية على العين في القانون الفرنسي ، فقد استخلص أصحاب هذا الرأي أن القواب أيضاً في دعوى الصورية أن يستأثر الدائن بالتفدية على العين . أما في التقنين المدني المصري المحدثه فقد رأينا أن الدائن في الدعوى البرلوسية لا يستأثر بالتفدية على العين ، فوجب من باب أول في دعوى الصورية أن يكون الأمر كذلك .

(١) وأحكام محكمة النقض مسطرة : كما رأينا من الكلام في الدعوى البرلوسية (انظر آتياً) فقرة ٨٨٨ في الماشر) ، في أن القانون لا يمنع للمشتري الذي لم يسجل عقده من أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر الذي سجل ، ليحصل بذلك إلى غير هذا العقد من القربى ، لكن يحكم له هو بسببه عقده ، ولكن يسجل هذا الحكم فنتقل إليه ملكية العين المبيعة ( نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٢٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ - انظر أيضاً : نقض مدني ٣ يونيو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٢ مع تطبيق الاستاذ محمد حامد فهمي في ص ١٩٤ - ص ١٩٥ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٢٤ - ٦ يونيو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٢ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٢٥٢ - ١٢ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ - استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٢٦/٢ ) . كذلك لا يصحح حل للمشتري الجلي بتسجيل المشتري الصوري ، حتى لو كان للمشتري الجلي المشتري بطله لا يخلل وضع هذا العقد ، لأن المشتري الجلي في هذه الحالة يصبح مالكاً للبائع الصوري ، وله على المشتري الجلي بالصورية في البيع الصوري للسجل . وقد نكثت محكمة النقض بأنه =

## ٦٢٣ - ولنفس أيضاً أنه يمسك بالعقد الظاهر ذاته و مصلحه

في ذلك : حل أن الغير قد يضره التمسك بالعقد المستر ، وتكون مصلحه في أن يمسك بالعقد الظاهر . وقد قضت المادة ٢٤٤ ، كما رأينا ، بأن الغير - دافئ المتعاقدين والمخلف الخاص - له أن يمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية <sup>(١)</sup> . وهنا تبرز أهم قاعدة في الصورة ، وهي القاعدة التي تميز الصورة عن غيرها من الأوضاع القانونية . فالى هنا لم نزد حل أن كنا نقرر القواعد العامة ، وليس في تمسك الغير بالعقد المستر إلا تطبيق لهذه القواعد ، فإن العقد المستر هو العقد الحقيقي ، فهو الذي يسرى كاسبق القول . أما أن يجوز لغير أن يمسك بالعقد الظاهر - العقد الذي لا وجود له قانوناً - فهذا هو الاستثناء . ولكنه استثناء يطفى في كثير من الأحوال على القاعدة ، ويصبح للغير أن يخطر بين العقد المستر أو العقد الظاهر حسب مصلحه . وهو إذا تمسك بالعقد

من كان الواقع هو أن المظان قد أقام الدعوى يطلب فيها الحكم أولاً بفسخ العقد وطلباً من المصادر له من المظنون عليه الكفائي ، وثانياً بطلان عقد البيع المسجل الصادر من هذا الأخير إلى المظنون عليه الأول واعتباره كأن لم يكن لصوريته ، وكان الحكم المظنون فيه إذ قضى برفض دعوى المظان أقام نفسه على أساس أن الحكم بفسخ العقد الابطال المبرم بين المظان والمظنون عليه الكفائي يترتب عليه تبعاً ورفض هذه الدعوى ، مع أن الحكم بفسخ العقد المذكور لا يستتبع ورفض الدعوى المقامة من المظان بطلب إبطال العقد الصادر من المظنون عليه الكفائي إلى المظنون عليه الأول لصوريته ، ومن ثم فإن الحكم إذ قضى بذلك أعطى في تطبيق القانون ، لأن من حق المظان بوضعه دائماً المظنون عليه الكفائي بما صلبه له من الثمن أن يطعن في تصرفات مدعيه للصورية ، وكان لازماً حل المحكمة أن تتناول بالبحث والتحصيص مالمس المظان من أدلة حل للصورية وتقتل فيها ( نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠٩ ص ١٢٥ ) .

وفي من البيان أنه إذا تمسك الغير بالعقد المستر ، فلا بد من أن يتعرف هذا العقد للغير الواجب قانوناً من تسجيل أو قيد ( نقض فرنسي ١٧ يناير سنة ١٨٧٦ سيرة ٧٧ - ١ - ٢١ ) .  
(٢) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤ - فالقصد المستر لا يسرى ضد سلسلة التبرر (contre les tiers) كما تقول المادة ١٢٢١ من القانون المدني الفرنسي - انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع المقيدي في مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٦٤٣ - ص ٦٤٥ - والمقرر استئناف مخطوط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٨ - ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٢ - ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٢٥ - ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥ - ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ .

المستقر ، فلا يملك القصد الحقيقي الذي أرادته المتعاملان ، فيأخذها بما أرادتا .  
وإذا تمسك بالعقد الظاهر ، فلأن هذا العقد قد خلق مظهراً متخفياً به وإطمأن  
إليه ، وليس للمتعاملين أن يضيفا من غشهما في علاقتهما بالغير . فالعقد  
المستقر يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة ، والعقد الظاهر يقتضيه مبدأ استقرار  
التعامل . وبما يدل على أن الاستثناء يطفى في كثير من الأحوال على المساعدة  
ما سئرى من أنه إذا تعارض الاستثناء مع القاعدة ، وتمسك أحد الأختار بالعقد  
الظاهر وتمسك الآخر بالعقد المستقر ، فإن التمسك بالعقد الظاهر —  
أي بالاستثناء — هو الذي ترجع كفته .

فلغير إذن أن يتمسك بالعقد الظاهر<sup>(١)</sup> إذا تحققت له مصلحة في ذلك<sup>(٢)</sup>.  
ومن ثم يكون لدائن المشتري في البيع الصوري أن يتمسك بالعقد الظاهر ، حتى  
يمكن من التنفيذ على العين التي احتبثت بالنسبة إليه داخلة في ملك المشتري  
بموجب العقد الظاهر ؛ ولو كان حق هذا الدائن ثابتاً في ذمة المشتري قبل صدور  
البيع الصوري كما سبق القول<sup>(٣)</sup> . ولا يستأثر دائن المشتري بالتنفيذ على العين ،  
بل يشترك معه في ذلك سائر دائلي المشتري ، لنفس الأسباب التي تقدمنا في دائلي

(١) نفس مدع ٥ أبريل سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام نفس ٢ رقم ١١٧ ص ٧٢١ —  
والتأني يتمسك بالعقد الظاهر إذا كان يحمل باسمه ، أما إذا كان يحمل باسم مدعيه من طريق الصوري  
غير المباشرة ، فإنه لا يستطيع أن يتمسك إلا بالعقد المستقر كدعيه ( نفس نفس ٢٣ مايو  
سنة ١٨٧٠ دالوز ٧١ — ١٠٩ ) .

وإذا فرض أن المدعي التزم بالعقد المستقر أن يطلع مهلاً أكبر ما عوط كور في العقد الظاهر ،  
ودفع هذا المبلغ بالنقل ، نفس ههنا أن يسترد الفرق بين المبلغين بحجة أنه يتمسك بالعقد الظاهر  
( نفس نفس ٣ يولي سنة ١٨٨٢ سيرة ٨٢ — ١٠٩ ) .

(٢) استئناف نصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الجلسة ٨ رقم ٢٣٧ ص ٣١٧ — استئنافية  
الكلية الأهلية ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ الجلسة ٦ رقم ١٩٦ ص ٢٥٢ — أسبوط الكلية  
١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٧٥ — شين للكرم الكلية ٢٢ أبريل  
سنة ١٩٣١ الجلسة ١٢ رقم ٥٠٤ ص ١٠٥ — أسبوط الكلية ٢٨ يولي سنة ١٩٣١  
الجلسة ١٢ رقم ٤٣٨ ص ٨٨٧ — استئناف مخطوط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٩٢ —  
٢٥ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٨٥ — ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢١٥ — أول ديسمبر  
سنة ١٩٣١ جائزته ٢٢ رقم ٨٢ ص ٨٤ — ٥ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٧٨ .

(٣) كذلك ههنا أن يطلب إخراج دائن آخر بقصد مستقر من مقامه مال الدين ، معسكا  
بالظاهر وهو النظام المعبرية ، فلا يبرى عليه بذلك عقد الدين المستقر ( نفس نفس ٨ مارس  
سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ — ١٠٩ ) .

البائع . كذلك الخلف الخاص الذي كسب حقه من المشتري أن يتمسك بالعقد الظاهر . مثل ذلك دائن مرتين من المشتري<sup>(١)</sup> ، أو صاحب حق ارتفاق ، أو صاحب حق انتفاع ، أو مشتر ثان<sup>(٢)</sup> ، كل هؤلاء لم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر ، فيعتبر الحق العيني قد انتقل إليهم من مالك<sup>(٣)</sup> .

ولما كان أساس تمسك الغير بالعقد الظاهر هو كما قدمنا أطمئناؤه إلى هذا العقد ، فن البديهي إذن أنه يجب لتمسكه بالعقد الظاهر أن يكون حسن النية ، أى لا يعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري ، بل اعتقد أنه عقد جلي وأطمأن إليه ونفى عليه تعامله . أما إذا كان عالماً وقت تعامله بصورية العقد الظاهر ، فليس ثمة مبرر لحمايته ، وكان العقد الذى يسرى في حقه هو العقد الحقيقي ، شأنه في ذلك شأن المتعاقدين<sup>(٤)</sup> . فلا بد إذن أن

(١) استئناف مخطط ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٢ .

(٢) استئناف مخطط ٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٦٥ . وقد نعت حكمة أسهوت الكلية بأن إذا كان البيع الأول صورياً ، وكان المشتري الثاني حسن النية ، فلهذا صبح ولو لم يقع به عيب سنوات ، لأنه تعامل مع المالك الظاهر ، ولأن المسألة تفتى باستقرار المعاملات ولأطمئنا (١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المجوعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٧٥ - والقرن ٢ ص ١٣٩) .  
(٣) حتى لو كان العقد المستقر قد شمر قبل شهر حكمه العيني ، ماداموا يجهلون أنهم كانوا يجهلون وجود العقد المستقر وقت تعاملهم مع المشتري الظاهر بالرغم من خبره ، وسلك الإقرار إلى ذلك ( بومدي وبارد ٤ فترة ٢٤١٢ - بلاتويل وريبير وأسبان ٦ فترة ٤٦٥ ) . ولما كان البيع بيناً صورياً متفولاً ، وتصرف فيه المشتري الصوري إلى مشتر ثان حسن النية ، انطلت الملكية إلى المشتري الثاني دون حاجة إلى أن يتسلم المبيع ، لأن الملكية إنما انطلت إليه بكم البيع الثاني وفقاً لقواعد الصورية ، فلا حاجة به إلى الخسارة ( تارن الأستاذ أحمد نفات في الإلزامات ١ فترة ٢٧٥ ) .

(٤) استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحامدة ٨ رقم ٢٣٧ ص ٣١٧ - بن سوييف الكلية ٦ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجوعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٧ ص ١٧٢ - استئناف مخطط ١٦ يناير سنة ١٩٢٥ م ٧ ص ٨٨ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩٦ - ١٩ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٨ ص ٤٢٠ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٥ - أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ - ديسمبر ٢٩ فترة ٣٤٧ - هناك ٨ فترة ٢٣٢ - بومدي وبارد ٤ فترة ٢٤١١ - بلاتويل وريبير وأسبان ٦ فترة ٣٣٧ - وشرط حسن نية الغير يفرق دعوى الصورية من دعوى البطلانية ، فكما يجوز أن يظن الدائن بالدعوى البطلانية في تصرف مدته الصادر إلى الغير سيئة النية ومنه إلى خلف سيئة النية أيضاً ، كذلك يجوز للدائن البائع أن يظن بالصورية في التصرف الصادر من البائع إلى المشتري ولو باع للمشتري العيني المتختم تلقى سيئة النية ( استئناف أمم ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجوعة الرسمية ١١ رقم ٣٢ ) .

يكون الغير جاهلاً بصورية العقد الظاهر حتى يستطيع أن يتسلح به . ويمكن أن يجهل هذه الصورية وقت تعامله ، حتى لو علم بها بعد ذلك . فإذا كان ذاتاً شخصياً للمشتري وكان التصرف الصوري سابقاً على حقه ، وجب أن يكون وقت أن أصبح ذاتاً للمشتري قد اعتقد أن التصرف الصوري الذي سبق حقه إنما هو تصرف جدي ، وقد اطمأن إليه على هذا الاعتبار . وكذلك الحال لو انتقل إليه حق عيني من المشتري بعد صدور التصرف الصوري ، فيجب وقت انتقال الحق العيني إليه أن يكون معتقداً جدية التصرف الصوري . وقد قدمنا أن الغير قد يكون حقه ، شخصياً كان أو عيباً ، سابقاً على التصرف الصوري ، ففي هذه الحالة يكون حسن النية المطلوب منه هو أن يكون قد اعتقد وقت علمه بصدور التصرف الصوري أن هذا التصرف جدي ، فاطمأن إليه على هذا الاعتبار . والفروض أن الغير حسن النية لا علم له بالعقد المستتر ، وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه<sup>(١)</sup> . ولما كان العلم بالعقد المستتر واقعة مادية ، فإنه يجوز إثباتها بجميع الطرق ، بما في ذلك البيئة والقرائن<sup>(٢)</sup>.

(١) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام لفقرة ١٢٠ ص ١٧٨ وطاش رقم ٣ .  
(٢) وفيه العقد المستتر لفقرة على العلم به ( نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٦ ص ١٠٦٢ — استئناف شطط ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٤ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٨٨ ) . ولذلك يصعب تحقق الصورية في العقود القرايب لغيرها ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . حل أن هذه القرينة ، في رأيها ، ليست قاطعة ، فاستطيع الغير أن يثبت أنه كان وقت تعامله لا يعلم بالعقد المستتر بالرغم من جهده (انظر من هذا الرأي ديموج ١ فقرة ١٦٦ ص ٢٦٤ — وتكون يدهان ولا جارد ٩ فقرة ٩٨١ ص ٧٢ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام لفقرة ١٣٠ ص ١٧٨ وطاش رقم ٤ ؛ ويعبرون إلى أن الغير لا يستطيع إثبات عدم علمه بالعقد المستتر المسجل ) ، هذا ويصح أن يواجه الغير بالعقد المستتر متى ثبت علمه به ، حتى لو كان هذا العقد غير مسجل (نقض مدني لأول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) .

ولو اشترك شخص في تحرير العقد الظاهر ، ولو بصفته شاهداً ، وتوافق مع المصالحين على الصورية ، فإنه يكون بمنزلة المصالحين لا يستطيع إثبات صدورية العقد للكتاب إلا بالكتابة . وقد قننت محكمة النقض بأنه ليس هناك ما يمنع من حرر عقد البيع بشفه ، ووقع عليه بشفه شاهداً ، من أن يعلن فيه بالصورية ، متى كان يستند في علمه إلى دليل كتابي ، ومتى كان هذا الطلب موجهاً ضد طرفي العقد اللذين اشتركا منه في الصورية لا ضد غيرهما من يمكن أن تفسر مصالحهم بصورية يجهلونها (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٢ ص ٥١) . هذا وقد خرجت محكمة الاستئناف الشطط على المبادئ المتقدمة ، فقضت في حكم فاض بأنه لا يجوز لطرفي العقد الصوري أن يثبتا بالبيئة علم الغير بالصورية (١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٢) .



وقد حسم التفتين المثلل الجديد هذا الخلاف ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٧٤٤ ، كما رأينا ، على أنه « إذا تمارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر » ، كانت الأفضلية للأوليين . وبذلك أبد التفتين الجديد الرأى الذى ذهب إليه الغالية ، لاعتبارات تتعلق باستقرار التعامل<sup>(١)</sup> . ويترتب على ذلك أن دائن المشتري فى البيع الصورى يفضل على دائن البائع ، فيقوم هو دون دائن البائع بالتنفيذ على العين المبيعة صورياً ، متمسكاً بالعقد الظاهر إذ هو فى مصلحته . ويمتنع على دائن البائع أن يتخذ على هذه العين وأن يتمسك بالعقد المستتر<sup>(٢)</sup> . ويترتب على ذلك أيضاً أن من كسب حقاً جدياً من المشتري الظاهر يفضل على من كسب حقاً جدياً من البائع الظاهر . فلو أن البائع بعد أن صدر منه البيع الصورى باع مرة أخرى ييماً جدياً لمشتراً آخر وسجل هذا المشتري عقده ، ثم باع المشتري الظاهر بعد ذلك العقار ييماً جدياً لمشتراً ثان ، فإن المشتري من المشتري يفضل على المشتري من البائع بالرغم من أن هذا الأخير قد سجل أولاً ، لأن كلاهما لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى التسجيل حتى يفضل السابق إليه ، إذ هما لم يتلقيا الحق من شخص

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد فى هذا المعنى ماهاً : « يهناط الحكم منه تفاز ذوى المصالح المتعارضة على هذا الوجه بفكرة استقرار المعاملات . فلذا تمسك دائن البائع فى العقد الظاهر بوقلة العقد ، وتمسك دائن المشتري بهذا العقد ، كانت الأفضلية للأخير لاعتبارات تتعلق بتأمين ذلك الاستقرار » (مجموعة الأعمال التشريعية ٣ ص ٦٤٦) .  
(٢) وهناك رأى فى عهد التفتين الذى تساهل يفضل دائن البائع فى بيع صورى على الموهوب له من المشتري ، لأن تفصيل الموهوب له يؤدى إلى اختناكه على حساب الدائن (والفرد ٢ ص ١٤٠ سالويز لفرلف فقرة ٢٢٥ ص ٢٦٠ عاش رقم ١) .

ويترتب على تطلب العقد الظاهر أن دائن المشتري الظاهر ، حتى لو كان حقه ثبت فى حصة المشتري قبل صدور البيع الصورى ، أى فى وقت لم يكن يمتد فيه على ملكية مبيع الصورية ، يفضل فى استيفاء حقه من العين على دائن البائع . وهذه نتيجة يصعب تبريرها ، لاسيما إذا لوحظ أنه لو كان البيع الصورى ييماً جدياً لتمكن لدائن البائع أن يعلن نفسه بالدعوى البروتية يفضل فى استيفاء حقه من العين على دائن المشتري ، فكيف يكون حق دائن البائع على مال مبيعته عنه تصرف المدين فى هذا المال تصرفاً صورياً أقل نقاداً من حقه على هذا المال عنه تصرف المدين فيه تصرفاً جدياً ؟ هذا الاعتراض يقوم وجباً من ناحية المبدأ ، ولكن سقى من ناحية العملية أن لدائن البائع فى هذه الحالة أن يحتل عن الطعن بالصورية فى العقد الظاهر ، ويعتبره عقداً جدياً ، فيستطيع الطعن فيه بالدعوى البروتية ، ولا يبرى فى حقه تصرف صورى كان لا يبرى لو أنه كان جدياً .



واحد . وإنما نحن أبصده تنازع ما بين الأغيار بالنسبة إلى الصورية لا بالنسبة إلى التسجيل ، فخطأ بالعقد الظاهر ، ونفضل المشتري من المشتري على المشتري من البائع ، ولا حجة بالأسبقية في التسجيل<sup>(١)</sup> . حل أن المشتري من المشتري لا تنقل إليه الملكية إلا إذا سجل عقده ، وإن كان يفضل على المشتري من البائع ولو تأخر عنه في التسجيل<sup>(٢)</sup> .

## المبحث الثالث

### الصورية من حيث الدعوى وطرق الإثبات

#### ١٥ - من حيث الدعوى

٦٢٥ - **القصوم في دعوى الصورية** : قد ترفع دعوى الصورية من أحد طرفي العقد الصوري على الطرف الآخر يظن في العقد بالصورية ، وفي هذه الحالة يجب ادخال من له مصلحة في التمسك بالعقد الصوري في الدعوى ، كخلف المشتري الظاهر إذا كان سبب التمسك<sup>(٣)</sup> . وقد يكون الظن بالصورية

(١) بلاتول وديير وآسان ٦ فترة ٢٢٩ ص ٤٢٦ - ص ٤٢٧ - ييدان ولاجاره ٩ فترة ٩٨٢ - قادن بلاتول وديير وودوان ٧ فترة ٩٧٥ ص ٣٠٩ - ص ٣١٠ .  
(٢) وقد سبق أن أشرنا (أنظر آنفاً فترة ٩١٨ في المامش) إلى أن الأستاذ للافيه (Plattet) في كتابه العقود لحساب الغير يحمل من البائع والمشتري الصوريين شريكتين في حق واحد (cotitulaires du droit) . فهو يكتف بالصورية على أساس أنها وسيلة لفصل حساب الغير (pour le compte d'autrui) . ذلك أن المشتري الصوري يستطيع أن ينصرف في العين التي اقتراها صورياً للغير حسن النية ، فينقل تصرفه في حق المالك الحقيقي ، وهو البائع الصوري . فكان المشتري الصوري يتضاف مع الغير لحساب المالك الحقيقي . وتصبح العين محل التصرف الصوري لها صاحبان (deux cotitulaires) : مالك حقيقي (وهو البائع الصوري) ومالك صوري (وهو المشتري الصوري) . ويستطيع المالك الصوري أن ينصرف في العين طبقاً لتعليمات يظنهما من المالك الحقيقي ، أي من تلقاء نفسه دون تعليمات . ومن ثم يكون للمالك الصوري سلطة على العين أوسع بكثير من سلطة النائب (أنظر في هذه التعليمات الطريقة ثلاثية في التفاهة لحساب الغير فترة ١٢٠ - فترة ١٢٣) .

(٣) استئناف مخطط ١٣ لجراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢١ - ١٢٠ - ١١٩ م ١٢٩ ص ١٢٩  
١٠ م ٢٨٤ - ٢٨٥ م ١٢٩ ص ٢٠٣ - ٢٠٢ م ١٢٩ ص ١٢٩ م ١٢٩  
(٤) ٧٠ م ٢٨٤ - ٢٨٥ م ١٢٩

في صورة دفع في دعوى رفضها أحد طرفي العقد الصوري على الطرف الآخر بموجب العقد الظاهر، ويجوز إبداء هذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى<sup>(١)</sup>.

وقد تكون الدعوى مرفوعة من الغير على الطرفين، فيطعن الغير في العقد الظاهر بالصورية ويتمسك بالعقد المستتر، لوجود مصلحة له في ذلك، ويجب في هذه الحالة إدخال كل من طرفي الصورية خصماً في الدعوى<sup>(٢)</sup>.

وقد يرفع الدائن دعوى الصورية باسم مدينه، وفي هذه الحالة لا يكون الدائن من الغير ولا يجوز له إثبات الصورية إلا بالطرق التي يستطيع بها المدين إثبات ذلك، ويجوز للخصم أن يتمسك بالدفع التي كان يتمسك بها قبل المدين<sup>(٣)</sup>. ومن يدعي الصورية هو الذي يتحمل عبء إثبات ذلك<sup>(٤)</sup>، على النحو الذي سنتينه فيما يلي :

== ص ١٧٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٦٠ . على أنه إذا طعن ناظر الوقف في عقد إيجار بالصورية ومات في أثناء الدعوى ، فإن خلفه يستمر في الدعوى دون حاجة لإدخال ورقة الناظر السابق ( استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٦ ) .

(١) استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩١ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٠٩ - ولكن لا يجوز إبداء هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض ، بعد أن اعترف الخصم ضمناً بجديّة العقد أمام محكمة الموضوع وذلك بعدم طعنه فيه بالصورية . وقد قضت محكمة النقض بأن من طلب إبطال عقد بيع بدعوى أنه عبة محررة في عقد عرق لا يجوز له ، بعد أن سلم له خصمه بالبطلان متسكاً بوضع اليد المدة الطويلة ، وناقشه هو في ذلك ، أن يبنى طعنه أمام محكمة النقض على صورة هذا العقد ، لأن الصورية دفع جديد يظهر كل الظاهرة لطلب البطلان بسبب شكل العقد ، فلا سبيل لطرده لأول مرة أمام محكمة النقض ( نقض مدني ٢ مارس سنة ١٩٢٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٩٢ ) .

(٢) استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٦١ - ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٨٤ .

(٣) حيك ٧ فقرة ٢٢٠ ص ٣٠٩ - بودوي وبارد ١ فقرة ٧٣٤ - أما إذا رفع الدائن الدعوى باسمه اعتبر من الغير ، ولا يتمسك قبله بالدفع المأثرة قبل مدهته ( استئناف مختلط ٧ يولييه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٦ ) .

(٤) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٧٥ - ١٩ يولييه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٠ - ١٢ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٩ ص ٢٨٢ . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يمين كل المالك استرام المقرود حسب نصوصها ، ما لم تقيم قرائن قوية يثبت منها على أن المتصادمين قصداً فيما أمر خلاف المومن بالعقد ( ٢٩ فبراير سنة ١٩٢٤ المحررة الرسمية ٢٦ رقم ٤٠ ) .

٦٢٦ - امر بالحكم الصادر في دعوى الصورية : والحكم الذي يصدر في دعوى الصورية لا يبرى على الخصمين وحدهما ، بل يضمن أثره إلى الدائنين . فإذا حكم بصورية عقد : وكان الخصم في الدعوى دائناً لأحد طرفي العقد ، استفاد الدائنون الآخرون من هذا الحكم ، واستطاع كل منهم أن يتمسك به دون أن يدخل خصماً في الدعوى . وكذلك لو كان الخصمان هما طرفا العقد ، فإن الدائنين يستطيعون التمسك بالحكم<sup>(١)</sup> .

والحكم في صورية العقد حكم في مسألة موضوعية ، فلا رقابة فيها لحكمة التخص<sup>(٢)</sup> .

٦٢٧ - حرم تقادم دعوى الصورية : ودعوى الصورية ذاتها لا تقط بالتقادم ، سواء رفعت من أحد طرفي العقد الصوري أو من الغير ، لأن المطلوب إنما هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له ، وهي حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها . أما إذا كانت دعوى الصورية تتضمن دعوى أخرى ، كما إذا طعن الورثة

(١) ويدل لاروسير ذلك بأن الحكم بصورية العقد قد قرر أن العقد الظاهر غير موجود ، وأن الدين الذي وقع عليها التصرف الصوري لم تخرج بنتاً من ملك المدين ، فيستفيد من ذلك الدائنون مادامت هذه الدين لم تنقطع عن أن تكون داخلة في الدين العام لغيرهم (لاروسير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٢) . ولكن الأستاذين بوردو وبارد لا يريان ، كما قلنا (انظر آنفاً فقرة ١٢٢ في المائش) ، أن هذا تعليل صحيح ، ويعلمان إلى أن الدائنين إنما يستفيدون بالحكم باعتبار أن الخصوم يطعنهم في الدعوى (بوردو وبارد ١ فقرة ٧٢٩) . وقد سبق الإشارة (انظر آنفاً فقرة ٦٢٢ في المائش) إلى أن بعض التعليل يذهب إلى أن دعوى الصورية إذا رفعا للمدين لا يستفيد منها باقي الدائنين من لم يدخلوا في الدعوى (أوبري دور ١ طبعه جلسة قضاة ٢١٢ ص ٢٤٢ وحاشر رقم ٥٢ - جرويه فقرة ٢٢٩ - بلايول وديجير وروميان ٧ فقرة ٩٧٤) .

(٢) نقض على ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ الحامدة ١٢ رقم ٤١٤ ص ٨٢٩ - ١١ مايو سنة ١٩٣٩ بمجموعة ص ٧ رقم ١٨١ ص ٥٥٢ - ٢٥ مايو سنة ١٩٤١ بمجموعة ص ٤ رقم ١٤١ ص ٢٨٩ - أول يوليو سنة ١٩٥٠ بمجموعة أحكام التخص ١ رقم ١٤١ ص ٥٦٩ - هذا ما لم يقرر القانون قرآن تعرف بها صورية العقد ، ليجب على محكمة الموضوع ، تحت رقابة محكمة التخص ، ألاح بها إذا كانت قرآن لاطعة (ديوج ١ ص ٢٧٥ بلايول وديجير واميان ٦ فقرة ٢٤٢) .

في لفة الصادرة من مودتهم بالبطان وكانت مستقرة في صورة عقد بيع ، فان هناك دعويين : أحدهما متعلقة بصورية عقد البيع وهذه لا تسقط بالتقادم ، والأخرى متعلقة بالظن في عقد اللفة (وهو العقد المستتر) بالبطان وهذه تسقط بالتقادم شأنها في ذلك شأن سائر دعاوى البطان (١) .

## ٢٥ - من حيث طرق الإثبات (٢)

٦٢٨ - حالاته : تختلف طرق إثبات الصورية بحسب ما إذا كانت الدعوى مرفوعة من أحد الطرفين أو يمثل له (كالولوث وللدائن الذي يرفع الدعوى باسم المدين) ، أو كانت مرفوعة من الغير .

## ٦٢٩ - الحالة الأولى - الدعوى مرفوعة من أحد الطرفين

أو ممثل له : يراد في هذه الحالة إثبات العقد المستتر بها بين الطرفين والورثة (٣) . فلا يثبت إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٤) إذا زادت قيمة الالتزام في العقد المستتر حل عشرة جنيهات (٥) ، ما لم يكن هناك غش واحتيال على القانون

(١) بلا حول ودعوى وليان ٦ لقدر ٣٤٥ .

(٢) انظر ما سبق أن قلناه في قسم الإثبات في إثبات الصورية (لقدر ٢٠٣ - لقدر ٢٠٤ ط٢) .

(٣) نفس مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام نقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧ .

(٤) نفس مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام نقض ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤ .

(٥) استئناف مصر ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١١٠ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ الحاملة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ الحاملة ٤ رقم ٩٠ ص ١٢١ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ الحاملة ٣ رقم ٣٤٤ ص ٤١١ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ الحاملة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحاملة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ الحاملة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ - ٢١ مايو سنة ١٩٣١ الحاملة ١٢ رقم ٧٢ ص ١٢٢ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ الحاملة ٢١ رقم ٢٥٤ ص ٥٦٤ - نفس جنائي ٤ يناير سنة ١٩٢٤ الحاملة ٧ رقم ١٤٢ ص ٢٠٠ - استئناف قضاة ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٢ - ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠ - ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٧ - ٢٩ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ - ٢٢ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣١ ص ١٣٩ -

## فيجوز في هذه الحالة الإثبات بجميع الطرق (١). أما إذا لم ترد قيمة الالتزام

١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٨٠-٢٨ ملحق سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ - ١٠  
 فبراير سنة ١٩٢١ م ٤٢ ص ٢٢٠ - ٦ ملحق سنة ١٩٢١ م ٤٢ ص ٢٧٥ - ١١ يناير سنة  
 ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٩٠ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٥٧ ص ٧ - ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨  
 ص ٤٠. وقد سبقت الإشارة إلى أكثر هذه الأحكام في قسم الإثبات: انظر آتيا لفرة ٢٠٢  
 في المالحق. هذا ولا يجوز لقول بأن المسوية على فيجوز إثباته بجميع الطرق، فقد قلنا أن  
 هناك فرقاً بين المسوية والمثل (استئناف أجل ٥ ملحق سنة ١٨٩٧ المالحق ١٢ ص ٢١٦).  
 (١) استئناف أجل أول مارس سنة ١٩٠٠ المبحورة الرسمية ٢ ص ٤٧ - ٩ يوليو سنة  
 ١٩٠٤ الاستئناف ٣ ص ٢٦٢ - استئناف خطط ٢٤ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٤٢ -  
 نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥. وقد سبقت  
 الإشارة إلى هذه الأحكام في قسم الإثبات (انظر آتيا لفرة ٢٠٢ في المالحق). وانظر أيضاً  
 الأحكام التي لوردت في قسم الإثبات من الكلام في الاحتمال على القانون (آتيا لفرة ٢٠٤)  
 و تأتم المحاميل على القانون لمصلحة أحد المصالحين في مصلحة المصالح الأخرى، جاز هذا  
 المصالح الأخرى ولزوا من بعده أن يثبت العقد المستقر بجميع الطرق؛ فثبتت جميع الطرق أن حقيقة  
 البيع على ما يليها باعث غير مشروع (استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢٤  
 ص ٦٩)، أو أن الزمن وضع في صورة بيع المحاميل على قانون حسنة الأمانة (استئناف  
 خطط ٣١ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٤)، أو أن المبلغ المذكور في العقد يقسم لولاها  
 دوية (نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة مصر ٤ رقم ١٤٢ ص ٣٩٠ - استئناف  
 مصر ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المبحورة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ - ٣١ مارس سنة ١٩٣١  
 المبحورة الرسمية ٣٢ ص ٧٠)، أو أن تاريخ العقد قد قدم ليكون سابقاً على تاريخ المهر  
 يحسم العقد من الإبطال (نقض مدني ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة مصر ٥ رقم ٢٤٨  
 ص ٥٠٧ - استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٤٧ ص ٧٠ - ٢٧ نوفمبر  
 سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢ - استئناف الاسكندرية ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧  
 المحاماة ٢٨ رقم ٢٧ ص ١٠٤٧)، أو أن دفناً مدنياً محضاً كتب عنه أنه سلم للمدين بمصلحة  
 أسكنة حتى يمدد للمدين بالمحاكمة الجنائية إذا تأخر من الدفع (جرجا ١٤ يوليو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨  
 رقم ٤٩ ص ٨٧). أما إذا تم للمحاميل على القانون دون أن يكون هذا المحاميل في مصلحة أحد  
 المصالحين، فلا يجوز لأي منهما أن يثبت العقد المستقر إلا وفقاً لقواعد عامة للإثبات،  
 إذ لا يوجد هنا ما يمنع المصالحين من كتابة ورقة ضد ما دام المحاميل لم يوجه ضد مصلحة أحد  
 منهما. فلا يجوز لسفري أن يثبت إلا بالكتابة أن الزمن المكتوب في هذه البيع أكبر من الزمن  
 الحقيقي بقصد منع التفتيح من الأعداء باللمعة، أما التفتيح نفسه فيستطيع إثباته الزمن الحقيقي بجميع  
 الطرق (استئناف خطط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٢٦ ص ١٧٠)، مع أنه ليس من الجدير كما  
 قلنا، وذلك لأنه من القدر نفسه للمحاميل الإصرار به ولأن البيع يعتبر بالنسبة إليه واقعة مدنية  
 كسابق القول. ولا يجوز لبيع أن يثبت إلا بالكتابة أن الزمن المكتوب في هذه البيع أقل من  
 الزمن الحقيقي نظراً من رسوم التسجيل، أما الخرافة فيستطيع إثباته الزمن الحقيقي بجميع الطرق =

على عشرة جنابات ، فانه يجوز إثبات العقد المستقر بجميع الطرق ، إلا إذا كان

مع أنها ليست من الغير كما أسلفنا الإشارة ، وذلك لأنها هي التي قصد بالتعاين الأضرار بها ولأن البيع يجبر بالنسبة إليها واقعة مادية . ولا يجوز السووت أن يثبت بغير الكتابة أن عقد البيع المكتوب الصادر من واحد الورثة حقيقة وصية ، أما الورثة الآخرون فيسقطون إثبات ذلك بجميع الطرق ، مع أنهم ليسوا من الغير في التصوية ، لأن التصرف قد صدر إفراداً بحقهم في الإرث فيكون تعايناً على القانون ( نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٤ ص ٤٩٤ - ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٩ ص ٢٤٩ - استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ - أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ - ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ - ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩١ ص ٦٢٧ - ٢٠ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٥٧ ص ١٢٢ - استئناف مخطوط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ - ١٩ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٧ - أما في التصرفات التي لا تقهر بحقهم في الإرث فالورثة يطعن على موثرهم ويظهرون بطرق الإثبات التي يظن بها : استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١١٢ - لقرالين الكلية ٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٩١ ص ١٧٥ ) . وقد قلنا أن الورثة يسقطون أيضاً ، لنفس الأسباب السابقة الذكر ، أن يثبتوا بجميع الطرق أن تاريخ التصرف الصادر من موثرهم قد قدم لإخفاء أن هذا التصرف قد صدر في مرض الموت .

وقد نفت محكمة النقض تطبيقاً لمبادئه المتقدمة بأنه إذا وكل شخص آخر في إيجار عين ملوكة له ، فراحاً الركيل مع مستأجر صوري وفقاً للاضرار بحق الموكل ، جاز لموكل أن يثبت هذه التصوية التمهيدية المبينة على نقض وهما على جميع طرق الإثبات ومنها القرائن (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥) . ونفت أيضاً بأنه إذا تمسك الدين بأن الإيصال المهر عليه يقرض فن المتقولات التي تمهدها يستعاض عنها والمقتورة الموقوع عليها من أيضاً ببيان مفرادات تلك المتقولات إما حرراً خدمة المدنية لقتديهما للجلس المحامي ليرخص لما في حرف المبلغ للوردة بالإيصال ، فاصبحت المحكمة حلاً وفقاً من التصوية ، ولم تأخذ به على أساس أن التصوية لا تثبت بين المصدقين إلا بالكتابة وهو لم يقدم كتابة ما ، لأنها لا تكون قد أختلت في تطبيق القانون ( نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٦ ص ٢٥٦ ) . ونفت محكمة الاستئناف المخططة بأنه إذا أعطى أحد طرق التصوية من الآخر لتدليل الكتاب على التصوية ، جاز للأخر إثبات حصول الإعطاس ثم إثبات التصوية بجميع الطرق (استئناف مخطوط ١٣ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٧ ) . وانظر أيضاً : نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٢ ص ١٩٩ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٤ ص ٢٠٠ - ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ - وقارن : ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٢ ص ٧٠٨ . (انظر في هذه المسألة الأسطة لتعاين قائم في أحكام الالتزام رقم ١٢٧ ص ٦٧٠ -

المقدّم الظاهر مكتوباً فلا يجوز إثبات عكسه إلا بالكتابة<sup>(١)</sup>. وليس في كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة في الإثبات<sup>(٢)</sup>، سبق أن بيناه عند بسط هذه القواعد في قسم الإثبات.

٦٣٠ - المحلة الثانية - الدعوى مرفوعة من الغير: أما في هذه الحالة فريد الغير إثبات صورة المقدّم الظاهر في مواجهة الطرفين<sup>(٣)</sup>. وهو لا يتقيد بالكتابة

ص ١٧٢، وبخاصة ص ١٧٢ عاشق رقم ١ حيث يورد ملاحظات وجية على بعض أحكام محكمة النقض).

(١) نقض ملف ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢ - ١٨ يوليو سنة ١٩٤٢ مجموعة محر ٣ رقم ١٧٧ ص ٤٨٥ - ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة محر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٨ ص ١٩٥ - استئناف أهل أول يناير سنة ١٩٥٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٩٩ ص ٢١٣ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦٠ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٣ - ١٨ يناير سنة ١٩٦٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦٣ - ٢٠ يناير سنة ١٩٦٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١١٩ ص ٢٤٠ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٦٥ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٤٠ - استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٦٥ المحلة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٦٧ المحلة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ - استئناف مختلف ١٢ يناير سنة ١٩٦٨ م ١٠ ص ٩٥ - ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٩٠ - ١٤ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٠ - ١٦ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٥ - ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٥٥ - ٢٩ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠٢ - ٩ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٠ - أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٨٠ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ - ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ - وإذا استلزم الخصم إثبات علم صحة ماورد في المقدّم الظاهر، كانت العلاقة لقانونية بينه وبين خصمه هي العلاقة التي تكون بينهما لو لم يورد هذا المقدّم الظاهر، مادام لم يثبت أن هناك خطأ مستتراً يحد هذه العلاقة (نقض لرقى ٣٠ يناير سنة ١٩٠٠ ص ١٩٠٤ - ١ - ٢٧٠).

(٢) يوردي وبارد ١ فقرة ٧٧٧ - في باج ٢ فقرة ٦٢٩ - بيدان ولا جارد ٩ فقرة ٩٨٤ ص ٧٤ - كولان وكايخان ومورانديير ٢ فقرة ١٩٥ - ومن التطبيق لقواعد العامة جواز الإثبات بغير الكتابة إذا وجه مانع من الحصول عليها. وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن علاقة الزوجية مائة من الحصول على كتابة تثبت الصورة، فلزوجة أن تثبت صورة مقدّم البيع الصادر منها إلى زوجها بشهادة الشهود وبالقرائن (٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحلة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١). وكذلك يجوز الإثبات بغير الكتابة في المواد التجارية (استئناف مختلف ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٧).

(٣) أما إذا أراد أحد طرفي المقدّم الصوري أن يثبت صورة المقدّم قبل التقي، فلا يجوز -

حتى لو كانت قيمة الالتزام في العقد الظاهر تزيد على عشرة جنيهات (١)، فيجوز له إثبات صورة العقد الظاهر بجميع الطرق ومنها البيعة والقرائن (٢).

له ذلك ، لأن الغير أن يتسلك بالعقد الظاهر إذا كانت له مصلحة في ذلك ، حتى لو ثبت صحته . فلما لم يثبت أن الغير كان يعلم بالصورة ، فيسرى عليه العقد المستتر ، ويجوز معه أن يثبت أحد طرق العقد بصورة قبل الغير .

(١) نفس ملف ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ ص ١٢٢ — ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦ — نفس جنالي ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ الحاماة ١٩ رقم ٢٧٥ ص ٦٦٩ — استئناف أهل أول يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة القرصية ٨ ص ٢١٢ — ١٠ أبريل سنة ١٩٠٧ المجموعة القرصية ٩ ص ١٠٢ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة القرصية ١٥ ص ٢٤٠ — استئناف مصر ١٢ يناير ١٩٢٥ الحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ — ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ الحاماة ٨ رقم ٤٦١ ص ٧٥٩ — أول مايو سنة ١٩٢٨ الحاماة ٩ رقم ١٢٢ ص ٢١٦ — ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ الحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ — ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ الحاماة ٩ رقم ٢٩١ ص ٦٢٧ — ٢١ مايو سنة ١٩٣٥ الحاماة ١٦ رقم ١٢٧ ص ٣٠٠ — ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ الحاماة ١٦ رقم ٢٢٠ ص ٥٠٤ — استئناف غطط ٥ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٥ — ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٥٢ — ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٥ — ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٢ — ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٥ — ٢٨ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١٠ — ٢٨ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٧ — ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٥٤ — ١٣ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٤٢ — ١٦ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٥ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٨٩ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ١٦ ص ١٠٨ — ٢٩ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠١ — ٩ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩١ — ٢١ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٤٣ — ٦ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٩٠ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٩ ص ٣١١ — ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ — ٨ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٠ — ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ — ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٣ — ٢٦ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٦ — ٦ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٣١ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن الخلف الخاص لا يعتبر من الغير ، فلا يجوز له إثبات الصورة إلا بالكتابة (نفس ملف ٢٧ مارس ١٩٤٧ مجموعة حر ٥ رقم ١٧٩ ص ٢٨٧ وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمي جاش ص ٢٨٨ — ص ٢٨٩) . ولكنها رجعت بعد ذلك من هذا الخطأ ، وقضت بأن المشتري يعتبر من الغير في أحكام الصورة بالنسبة إلى مشتري آخر من نفس البائع له رزاقه في الملكية ، فلذا أقام المحكم قضاءه بصورة عقد المشتري الآخر على القرائن وحدها ، لأنه لا يكون قد عاين قواعد الإثبات (نفس ملف ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦) .

(٢) ويجب أن تكون القرائن مقننة ، وإلا فلا يحكم بالصورة (استئناف غطط ١٨ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٥٢ — ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ١٥ — ١٢ مايو سنة ١٩٠٩ م



فذلك أن الصورة ، بالنسبة إلى الغير ، تعتبر واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ،

م ٢١ ص ٢١٤) - ومن القرائن على الصورة وجود علاقة زوجية أو قرابة ما بين المالكين ،  
لو أن البائع بن حنازراً لغيره المبيع ، أو أن المشتري لم يسجل هذه البيع ( استئناف مخطوط ه فبراير  
سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٥ - ١٣ مارس سنة ١٩٨٥ م ٧ ص ١٨٢ - ٨ مارس سنة ١٨٩٩  
م ١١ ص ١٥٠ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١٩ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠  
ص ١٩٢ - ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ - ٤٥٤ - ٨ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٩ ص ١١٧ -  
ه مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٣١ ) . ولكن ليس من الضروري أن يكون المالك سودياً  
بنيام هذه القرائن ، إذ هي قرائن قابلة للإثبات العكس ( استئناف أصل ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١  
المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢/٢٧ - استئناف مخطوط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٩٢ -  
٢٨ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١٠ - ٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٤ - ١٥ يوليو سنة  
١٩١١ م ٢٣ ص ٣٦٩ - ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١٧ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥  
ص ١٤٥ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٨٧ - ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٢٧ -  
٢٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٠ - ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠٠ -  
١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢١ - ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٧ - ١١ فبراير  
سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٠ - ٣ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ - ١٣ مايو سنة ١٩٤١  
م ٥٣ ص ١٥٧ ) . ومن القرائن على الصورة أن يشتري أب باسم ابنه شيئاً من أجله الآخرين  
ولم يثبت أن الابن المشتري مالا عامساً ( استئناف مخطوط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ -  
١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٧٩ ) ، وأن يبيع شخص دون شيان ( استئناف مخطوط ه نوفمبر  
سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٥ ) ، وأن يبيع الوارث بعد يومين من موت مورث دون أن يحصل  
على إعلام شرعي ودون أن يطلب المشتري منه ما يدل على أنه وارث وما هو نصيبه في الميراث  
ودون أن يكون الوارث حائزاً للعين المبيعة ( استئناف مخطوط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢  
ص ١٣٤ ) ، وأن يصدر البيع عقب إعلان الدائن لمدينة البائع ويصرف المشتري بعد ذلك مباشرة  
في العين المبيعة ( استئناف مخطوط ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ١٥ ) ، وأن يصدر البيع  
بعد بضعة أيام من الحكم على البائع بالدين ويسجل بعد ذلك بعدة طريقة ويثبت أن البائع جعل  
نفسه مسيراً بهذا البيع وأن المشتري حاكم بذلك ( استئناف مخطوط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢  
ص ١٣٧ ) ، وأن يتنازل المشتري في وقت من استحقاقه دون مقابل بقرط أن يعود إليه  
الاستحقاق فبأن بعد وقد ثبت أن المشتري في الوقت كان مقلداً باله يون وقت تنازله ( استئناف  
مخطوط ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠ ) ، وأن يصرف المدين في ماله والدائن موهله أن  
يخطأ إجراءات قضائية قبله ( استئناف مخطوط ٤ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨١ ) ، وأن  
يصرف المدين لأقارب ليس منهم من المال ما يفي بمقرضه مقابل لما تصرف له ( استئناف مخطوط  
٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٧ ) ، وأن يقدم المشتري على القراء بالرغم من إنذار حث  
البائع له بأن البيع يقع إضراراً بحقوقه ( استئناف مخطوط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢١ ) ،  
وأن يقدم الدائن المظنون في سنده بالصورة بحكم غياب حل الدين وانفق عليه هذا الأخير بالرغم  
من سقوطه ( استئناف مخطوط ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٧ ) .

وعند تقدير القرائن ينظر إلى حالة المدين وقت التصرف لا بعده ، فإذا كان مسرراً وقت تصرفه كان هذا قرينة على صورية هذا التصرف ، حتى لو أيسر بعد ذلك وتبل الطعن بالصورية ( استئناف مخطط ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٢ ) . ويجب أن ينظر إلى القرائن في مجموعها دون أن تفصل إحداها عن الأخرى ( استئناف مخطط ٢١ مايو سنة ١٩١٨ جازيت رقم ٣٥٤ ص ٢٧٢ ) .

ولا يعتبر قرينة على الصورية أن يطلع المشتري جزءاً من المدين مع وجود شرط في العقد يُلغى بطلع المدين جميعه فوراً ( استئناف مخطط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ١ ص ٨٤ ) ، ولا أن يكون المدين بئساً ( استئناف مخطط ١١ ديسمبر سنة ١٨٨٤ المجموعة الرسمية للقضاء المخطط ١٠ ص ١٨ ) ، ولا أن يكون التصرف قريباً من الوقت الذي امتنع فيه التاجر عن وفاء ديونه ( المتصورة التجارية المخططة ٦ يونيو سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٥٦ ص ٥٢ ) ، ولا أن يسطي المدين بعض مقرراته مقابلاً لوفاء ديته ( استئناف مخطط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٧ ) ، ولا أن يعل المشتري نفسه على الدائنين المرتجعين في الرهن التي تحتل العقار المبيع فإن مثل هذا الاحتياط مقبول ( استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٣ ) ، ولا أن تسجل عقود البيع المتتالية بالرغم من إسكان الاختصار على تسجيل العقد الأخير ( استئناف مخطط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٤ ) .

ومن قضاء محكمة النقض في القرائن على الصورية أنه إذا تنازع مشتري العقار الذي لم يسجل قطعه مع مشتري ثان سجل قطعه ، وطعن المشتري الأول بصورية العقد الثاني ، ونقض المحكمة بصوريته بانه حكمها على وضع يد المشتري الأول على العين المبيعة ، وعلى تأثير المساحة على حقه المشتري الثاني بأنه قد رفضت من حقه العين دعوى سعة ثلثه من المشتري الأول ، وعلى حلاقة المصارعة بين البائع والمشتري الثاني ، وعلى أنه ليس من المقبول أن يجاوز هذا المشتري بطلع قيمة المثل كله — كما ورد في مقدمه — في حين أنه لا يحل أن على الأرض ديناً ممتازاً ، وعلى ما قرره الشهود في التحقيق من أنهم يعلمون أن عقد المشتري الثاني صوري وأنه فقير لا ملك له ، وما قرره شهود المشتري الثاني من أنهم — على خلاف ما ادعى — لم يحضروا مجلس العقد ولم يشاهدوا دفع المثل إلى البائع — فهذه الأسباب من شأنها أن تؤدي إلى الصورية التي قالت بها المحكمة ، ولا يكون ثمة مجال للطعن على الحكم من هذه الناحية ( نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩١٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨ ) . ونقضت مع ذلك بأنه إذا كان الحكم قد أنام قضاء بصورية عقد على أن المشتري قد اشترى العين مع طعه سبق تصرف ياله في حقه العين للغير ، وبوضع يد هذا الغير عليها من تاريخ شرائه ، وتوابعه هو في دفع دعواه بصحة الصفقة الحاصلة منه إلى ما بعد مضي سنة من تاريخ مقدمه ، فهذا الحكم يكون قاسراً إذ حله القرائن لا تؤدي إلى الصورية ( نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام لمحكمة ١ رقم ٢٦ ص ٩٠ ) . ونقضت بأنه يعتبر قرينة على صورية الرهن أن يكون المدين المفسون بهذا الرهن صورياً ، وعلى العكس من ذلك دعوى صورية الرهن لا تقام ما دام لم يطن في القرض نفسه بأنه صوري ، إذ لا يصور قيم رهن صوري فاسد للقرض حقيق ( نقض مدني ٢٧ مايو سنة ١٩٢٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٩ ص ١٩٩ ) . ونقضت بأنه لا ينافي بين أن يكون المشتري في حالة تمككه من طبع المثل وأن يكون الفراء الحاصل له صورياً ، إذ لا تلازم بين حالة الإصرار وصورية العقد ، ولذا نقضت —

فيجوز إثباتها بجميع الطرق<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثالث

مقارنة دعوى الصورية بكل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة

٣٣١ - الفرضي مع المقارنة: بعد أن فصلنا قواعد دعوى الصورية ، نقارن هذه الدعوى بكل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة ، كما قلنا بالدعوى البولصية بالدعوى غير المباشرة ، حتى تبين ذاتية كل دعوى إزاء الدعويين الآخرين<sup>(٢)</sup>.

ونقارن دعوى الصورية بالدعوى البولصية ، ثم بالدعوى غير المباشرة .

== الحكمة بأن تصرفاً ما كان صورياً ، فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستعانت المقتضية من المشتري إثباتاً لصوره ومقدوره على دفع الثمن ، فإن هذا لا يقدم ولا يؤخر ( لنفس مدني ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجوعة عمر ٣ رقم ٨٨ ص ٢٩٦ ) . وقضت بأن تقدير كتابة أدلة الصورية ما يستلزم به قاضي الموضوع ، فإذا عورف نفسه بالدعوى ببناء على أن كلا من طرق الدعوى قد طعن على هذه الأخيرة بأنه صوري ، وأن ما قلعه كل منهما في سبيل تأييد مدع من قرائن ، منها صلة القراءة بين البائع والمشتري وبض الثمن وعدم وضع البند تطبيقاً صحيح ، لا تكن وحدها دليلاً على الصورية ، فلا يقبل الطعن في حكم بالقصور ( لنفس مدني أول يولي سنة ١٩٥٠ مجوعة أحكام النقض ١ رقم ١٤١ ص ٥٦٩ ) . وقضت بأن حكمة الموضوع المخلو دائماً في بحث جدية البرقة التي تقدم في الدعوى مادام ذلك لازماً لفصل فيها ، فإذا أريد التمسك ببرقة عدم قبح ، كان المسكة ، ولو لم يظن أحد فيها بالصورية ، أن تعرض لما تستطيع عدم جديتها وصورتها من إرائن الدعوى ، ولا رقابة حكمة النقض عليها في ذلك متى كان استعمالها سليماً ( لنفس مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجوعة عمر ٤ رقم ١٤١ ص ٢٨٩ ) .

(١) ويجوز لغير الإثبات بجميع الطرق حتى لو لم يقصد أن يتحقق ضرراً من المثلث المظهر ، بل قصد أن يعرض للمثلث من المثلث المستقر ( مدني بلج ٢ بقدر ٦٢٥ ص ٥٩٦ - عكس ذلك يبدان ولا جازم ٩ بقدر ٩٨٤ ص ٧٥ ) .

(٢) أنظر في استقلال (autonomie) دعوى الصورية عن كل من الدعوى البولصية والدعوى غير المباشرة بلا يلهو ولا يلهو ويوضح وودعان ٧ بقدر ٧٧٧ .

## المبحث الأول

### مقارنة دعوى الصورة بالدعوى البولصية

٦٣٢ - مقارنة إجمالية : يدعو إلى مقارنة الدعويين إحداها بالأخرى شبه واضح فيما بينهما . ففى كليهما يحاول المدين أن يتولى تنفيذ الدائن على ماله (١) ، فيتصرف فى هذا المال تصرفاً جديداً أو تصرفاً صورياً (٢) . وفى كليهما لا ينتج تصرف المدين فى حق الدائن .

ولكن الفرق بين الدعويين واضح كذلك . ففى دعوى الصورة لا يتصرف المدين فى ماله تصرفاً جديداً ، وليس للعقد الظاهر وجود قانونى ، ولا وجود إلا للعقد المستتر لأنه هو العقد الحقيقى ، ومن ثم لا ينتج العقد الصورى أثرأ إلا بالنسبة إلى الغير حسن النية حتى يستقر التعامل . أما فى الدعوى البولصية فالمدين يتصرف فى ماله تصرفاً جديداً ، ومن ثم ينتج هذا التصرف أثره إلا بالنسبة إلى الدائنين . هذا إلى أن الدائن فى دعوى الصورة يرى إلى استبقاء شيء فى ملك المدين لم يخرج منه ، أما فى الدعوى البولصية فيرى إلى إدخال شيء مخرج من ملك المدين (٣) .

(١) ويلاحظ أن الصورة قد تكون سبيلاً للوصول إلى أغراض أخرى غير الإفراغ بطريق كتمان كاسد القول .

(٢) وفى الحالتين يكون التصرف كتمانياً . وقد قلت هكذا لظننى بأن التصرف كتمانى هو أن يشارك المصروف له المدين فى إجراء تصرف صورى أو فى إجراء تصرف حقيقى يسهل فى حالة إفلاس المخرج جزء من أرباحه من ممتلكات والدائه . فإذا كان التصرف يسهل لتسهيل إبطاله هو الظن الذى على الصورة أو على الدعوى البولصية ، وفى هذه الحالة يجب التسليم بأن المدين يرى إلى إفلاس المخرج ولكن المصروف له افترق مع المدين فى إفراجه على المدين كله أو بعضه من مجموعة أمواله حتى أصبح فى حالة إفلاس لا يلقى ماله بطولب لزمائه . ولعلهم فى إزديت إفلاس المدين بالصفة المظنون فيها يقع على كتمان ( نقض مدعى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ بمجموعة عمر ٢ ودم ٧ ص ١٢ ) .

(٣) أنظر فى هذا الموضع : نقض مدعى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ بمجموعة عمر ٢ ودم ٨١ ص ٢٨٥ - استئناف خضط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦٦ ص ١٧٠ . وكثيراً ما كان ينتج من دعوى الصورة والدعوى البولصية ، ولكن كتمانياً بينهما أصبح =

٦٣٣ - القروى التفصيلية ما بين الدهورين : وتختلف الدهوران ، في أحكامهما التفصيلية ، من وجوه عدة ، نذكر منها :

= الآن وانسأ (استئناف مخطط ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ٢٢ ص ٢٨٩ - ٢ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢ - ١٨ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩ - ١٣ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣٢ - ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٨ - أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ - نفس فرنسي ١٦ مارس سنة ١٨٨٧ سيرة ٩٠ - ١ - ٢٠١ - ديولوج ٢٥ فترة ٢٣٥ - فترة ٢٣٦ - لوران ١٦ فترة ١٩٧ - فترة ٤٩٩ - لاروسير ١١٦٧ فترة ٩٣ - حيك ٧ فترة ٢٣٠ - فترة ٢٣١ - وهون ٢ ص ١٤١ ) .

ويجزو دلع الدهورين إحداهما به الأخرى لأنهما دهوران مختلفتان ، شرع أولا دعوى الصورية ثم بعد ذلك الدعوى البولسية . بل يجرى دلع الدهورين معاً ، فبدأ هاتان بإثبات أن القسط الذي صدر من المدين سورى ، ثم يطن بعد ذلك في المقدم الخلفى بالدعوى البولسية . مثل ذلك حبة في صورة بيع : يبدأ هاتان بإثبات صورية البيع وأن حقيقة القسط حبة ، ثم يطن بعد ذلك في البلية بالدعوى البولسية فلا يحتاج إلى إثبات صورية الموعود له بل ولا إلى صورية القوام في القانون المصري ( استئناف مخطط ٢٢ يونيو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٦٨ - ٢٩ مايو سنة ١٩١٨ م ٢٩ ص ٤٥٤ - ١٦ يونيو سنة ١٩٢١ م ٤٣ ص ٤٥٠ - ١٤ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ١٥٧ - بلانول وديير ودهوان ٧ فترة ١٧٦ - كولان وكابحان وموداليجر ٢ فترة ٤٥٨ ص ٢٢٤ - دي طلس ١ action Paulienne ١٢١ ) . ويجزو هاتان كذلك في الدعوى الواحدة أن يطن في تصرف منهج بالصورية وبالدعوى البولسية معاً على سبيل التجربة ، ليجادل إثبات الصورية أولاً ، فإن لم ينجح انتقل إلى الدعوى البولسية ( استئناف مخطط ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢ - ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٤ - ١٨ أبريل سنة ١٩١٩ م ٢٨ ص ٢٥٩ - ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٩٨ - ١٠ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٣٤٩ - قارن : استئناف مخطط ١٣ يونيو سنة ٢٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٧ ) . بل يجرى ، إذا هو أعطى في دعوى الصورية في محكمة أول درجة ، أن يطن بالدعوى البولسية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ( استئناف مصر ١٧ مارس سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٦ ص ١٤١ - حكيم ذلك : استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٢٨ الحاماة ٨ رقم ٥٣٤ ص ٨٨٩ ) . ولكن لا يجرى أن يطن بالدعوى البولسية أولاً حتى إذا أعطى فيها طعن بالصورية ، فإن الطعن بالدعوى البولسية يضمن الإقرار بجملة التصرف ولا يفتق خلاص القسط بالصورية بعد ذلك ( نفس مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤ - استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٩ الحاماة ٣١ رقم ٢٢٢ ص ١١٠٢ - مصر الكلية الأهلية أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٧/٨٥ - استئناف مخطط ١٦ يونيو سنة ١٩٢١ م ٤٣ ص ٤٥٠ ) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الحظية بأنه لا يوجب ما يمنع هاتان من تحويل الدعوى البولسية إلى دعوى الصورية ( ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ ) ، وقضت أيضاً بأنه يجوز هاتان ، إذا كان قد طعن في تصرف =

(١) دعوى الصورية رفعها الدائن والخلف الخاص وكل من له مصلحة مشروعة ولو كان أحد المتعاقدين ، أما الدعوى البولعية فلا يرفعها إلا الدائن<sup>(١)</sup>.

(٢) في دعوى الصورية يكفي أن يكون حق الدائن خالياً من النزاع<sup>(٢)</sup> ، فالدائن إلى أجل أو تحت شرط وانف يستطع رفع هذه الدعوى<sup>(٣)</sup> . أما في الدعوى البولعية فلا يكفي خلو حق الدائن من النزاع ، بل يجب أيضاً أن يكون هذا الحق مستحق الأداء .

(٣) في دعوى الصورية لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف الصوري ، أما في الدعوى البولعية فيشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المظنون فيه<sup>(٤)</sup> .

---

١ - مدته أمام محكمة أول درجة بالفسح دون أن يبين ما إذا كان يعتبر التصرف صورياً أو جدياً ، أن يظن في التصرف بالصورية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ( ٢٢ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٤١ ) .

٢ - وإذا نجح الدائن في إثبات صورية العقد اكتفى بذلك ، ولا يصح في حاجة إلى إثبات توافر شروط الدعوى البولعية ( مصر الكلية الأهلية ٥ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الفرنسية ١١ رقم ١٥٠ - استئناف مخطوط ١٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٤٦ ) .

(١) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٢ ص ٢١٦ - استئناف مخطوط ١٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤٨ - ٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٩٩ - جوسران ٢ لقطة ٧٠٧ .

(٢) أما إذا كان حق الدائن غير حال من النزاع ، فليس للدائن أن يعتبر في إجراءات دعوى الصورية حتى يظن الحق من النزاع بالتمام أو يحكم ( استئناف مخطوط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ١٢ ص ٥٠ - محكمة استئنافية الكلية المخطوط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ٣٢ ) .

(٣) حيك ٧ لقطة ٢٣١ - أوبري ورد ٤ طبعة خاصة لقطة ٣١٣ هاملي رقم ٨ مكرور لافا - بومري وبارد ١ لقطة ٧٣٣ .

(٤) لنفس مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨١ ص ٢٨٥ - استئناف أول ١٢ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٥٣ - استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٢ ص ٢١٦ - ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٧٤ ص ١٧٤ - أسيرط لكلية ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٥٠ ص ٤٢٧ - استئناف مخطوط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٩ - ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣ - ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٧١ - ٨ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٠ - ٧ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٨ - ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٠ - ٤ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٨١ -

(٤) في دعوى الصورية يجوز للدائن أن يرفع الدعوى حتى لو كان التصرف الصوري ، يفرض أنه جلي ، لا يسبب إحصار المدين أو يزيد في إحصاره ، بل لا يشترط أن يكون المدين معسرا إطلاقا ، لأن الدائن في هذه الدعوى يطلب تقرير أن التصرف غير موجود وهذه حقيقة لا يغير منها أن يكون المدين معسرا أو غير معسر . أما في الدعوى اليولصية فيشترط أن يثبت الدائن أن التصرف للطعون فيه قد تسبب في إحصار المدين أو زاد في إحصاره<sup>(١)</sup> .

١٢ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٠٨ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥ — ٦ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١٤ — ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٨٣ — ١٣ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١١٩ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١١ — ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٥٥ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ — ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٢ — ١٣ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٦٤ — ١٧ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١٩ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦١ — ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٨ .

وقد كان القضاء يخط كثيرا في هذه المسألة ما بين دعوى الصورية والدعوى اليولصية . فيشترط في الاثنين أن يكون حق الدائن سابقا على تصرف المدين — هنا وقد يكون التصرف الصوري سابقا على تاريخ التعرف من الدفع ، ولا يمنع ذلك من رفع دعوى الصورية (استئناف مخطط ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٧ — ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢١٢) .

(١) استئناف مخطط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ — ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٥ — ٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤ — ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٢ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٤ — أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ — ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٨ — ٢٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٩ — ١٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٦١ — ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٤ — ديولوب ٢٥ فقرة ٢٣٦ — لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ — لادوييه ٢ ١١٦٧ فقرة ١٣ — ميلك ٧ فقرة ٢٣١ — بوردو وبارد ١ فقرة ٧٣٣ ص ٧٥٩ — بلايول وديجر ورومان ٧ فقرة ٩٧٢ — واكوت ٢ ص ١٤٢ .

ولرى من ذلك أنه لا يشترط إحصار المدين ، كذلك لا يشترط فيما إذا كان المدين معسرا أن تكون هناك حيلة بين التصرف الصوري والإحصار . فيستطيع الدائن أن يظن بالصورية في تصرف مدينه حتى لو كان مودرا (استئناف مخطط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ جازات ٦ رقم ٥٧ ص ٣٢) ، كما يستطيع الظن بالصورية إذا كان المدين معسرا ولو لم يكن التصرف المظنون فيه سببا للإحصار أو زاد فيه . حل أن التراجع في القبول — كما تقول الأستاذة بلايول وديجر ورومان — أن الدائن إذا وجد مالا كافيا لاستيفاد مدينه عند المدين غير المال الذي تصرف فيه فلا يصح أن يصب نفسه في دفع دعوى الصورية ، فهو لا يلجأ إليها فعلا إلا عند إحصار المدين (بلايول وديجر ورومان ٧ فقرة ٩٧٢ ص ٣٠٧) .

(٥) في دعوى الصورة لا يشترط أن تكون الصورة قد قصد بها الإضرار بحقوق الدائن ، فقد يكون المقصود بها غرضاً آخر كما قدمنا ، ولا يمنع ذلك من أن يضمن الدائن في التصرف الصوري . أما في الدعوى البولصية فيشترط في الماوضات قصد الإضرار بالدائن على النحو الذي سبق بيانه<sup>(١)</sup>.

(٦) دعوى الصورة لا تسقط بالتقادم ، لأنها يراد بها تقرير أمر واقع ، وهذا الأمر يبقى قائماً مهما انقضى عليه من الزمن . أما الدعوى البولصية تسقط بالتقادم ، وقد سبق بيان المدة التي تتقادم بها هذه الدعوى<sup>(٢)</sup>.

(٧) في دعوى الصورة يجوز للمدين أن يسترد العين التي باعها صورياً للمشتري ، أما في الدعوى البولصية فلا يستطيع المدين ذلك لأن البيع الذي صدر منه بيع جلدى .

(٨) في دعوى الصورة إذا تنازع ، في بيع صوري ، دائن البائع مع دائن المشتري ، قدم دائن المشتري إثباتاً للمقد الظاهر كما قدمنا<sup>(٣)</sup> . أما في الدعوى

---

(١) استئناف مخطوط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٣ - أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٧٢ ص ٢٤٨ - ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٦ - لوران ١٦ فقرة ٤٩٧ - هيك ٧ فقرة ٢٣١ - بودرى وبارد ١ فقرة ٧٢٣ ص ٧٥٧ - بلانويك وريبير ورومان ٧ فقرة ٩٧٢ .

(٢) لاروسبيير ٢ م ١١٦٧ فقرة ٦٣ - جرويه فقرة ٣٣٥ - كولان وكايجان وموراليمير فقرة ٤٥٨ ص ٣٢٤ - جوران ٢ فقرة ٧٠٧ - الأستاذ عبد السلام دهن في الالتزامات فقرة ٣٩٦ ص ٣٥٨ - عكس ذلك : بودرى وبارد ١ فقرة ٧٤٢ - واليون ٢ ص ١٤٢ - ص ١٤٣ . انظر كذلك بلانويك وريبير وأسيان (جزء ٦٠ فقرة ٢٤٥) وهم يوافقون بين فرأين ، فدعوى الصورة نفسها لا تسقط بالتقادم ، ولكن قد ينشأ عن المقد الصوري مركز قبل يثبت بالتقادم ( انظر استئناف مخطوط ١٧ يوليو سنة ١٩٢٠ م ٣٢٢ ص ٣٦١ ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ - دى باج ٢ فقرة ٦٣٠ ) . وقد قدمنا أن دعوى الصورة قد تتضمن دعوى أخرى ، كدعوى بطلان الحبة المستقرة في صورة بيع ، فدعوى سورية الحبة لا تسقط بالتقادم ، ولكن دعوى بطلان الحبة تتقادم كسائر دعوى البطلان (انظر آنفاً فقرة ٦٢٧) . ويبرز يهيدان ولا جارد بين دعوى الصورة والدفع بالصورية ، فالدعوى دون الدفع هي التي تسقط بالتقادم ( يهيدان ولا جارد ٩ فقرة ٩٨٥ ) .

(٣) أما لو تنازع دائن البائع مع مشتر حسن النية من المشتري ، فالملحق هو الذي يفسل ، سواء كان البند صورياً أو كان جدياً وقابلاً للتمن فيه بالدعوى البولصية . وإذا تنازع دائن البائع مع موهوب له من المشتري ، فلي دعوى الصورة لا يقدم الدائن أمام الموهوب له حسن النية على خلاف في الرأي ( انظر آنفاً فقرة ٦٢٤ في الماشر ) ، وفي الدعوى البولصية يقدم الدائن =



البرلمانية فانه إذا باع المدن حيثما إنشأوا بلداته ، اجبر البيع غير نافذ في حق المالكين ، وتقدم هذا المبدأ في استيفاء حقه من العين على طاقن المشتري (١) .

## المبحث الثاني

### مقارنة دعوى الصورية بالدعوى غير المباشرة

٦٣٤ - وجه الشبه : يتبين مما قلناه في دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة أن هناك شهاً واضحاً بين الدعويين من حيث الشروط والأحكام .

== حتى لو كان الموعوب له حسن نية (أوبري ورو ٤ لفرة ٢١٣ وحاملي رقم ٥٢ - بودي وبارد ١ لفرة ٧٤٠ - جرويه لفرة ٣٤٠ - قارن بلانويل وريير وروان ٧ لفرة ٩٧٥ - الأستاذ عبد السلام لثني في الالتزامات لفرة ٣٥٩ ص ٣٥٧) .

(١) وقد قلنا (انظر آنفاً لفرة ٦٢٤ في المحلى) أن هذه القضية تبدو غريبة ، لأن دائن البالغ لا يتصل أثر تصرف جلى صدر من مدته ، ويحصل في الوقت ذاته أثر هذا التصرف لو كان صورياً ، وكان الأول هو الممكن . ولكن منه التأمل نجد أن المدعى إذا صدر منه بيع صوري فلا يتصور الخلل من أحد أمرين : (١) إما أن يكون المدعى عواظاً مع المشتري بقصد الإضرار بالدين ، وفي هذه الحالة يستطيع الدين من الناحية الفعلية أن يتجنب الخلل في البيع بالصورية ، ويجبر المصرف جلياً ، ليطعن فيه بالدعوى البرلمانية وقد توافرت شروطها ، فيقدم على دائن المشتري ولا يحصل أثر تصرف صوري كأن لا يحصله لو كان تصرف جلياً . (ب) وإما أن يكون توافر المدعى مع المشتري على الصورية لم يقصده به الإضرار بالدين ، وفي هذه الحالة لو كان العقد جلياً لما أمكن الطعن فيه بالدعوى البرلمانية لعدم توافر شروط الإضرار بالدين ، فلا يتحقق إذن أن يكون العقد الصوري أقوى نفاذاً من العقد الجلي ( نظرية العقد للمؤلف ص ٨٥٥ حاملي رقم ٣ ) .

هذا وقد كان يوجد في عهد القنين المدني السابق بين الدعويين فرق عام آخر ، هو أن الدين في دعوى الصورية يشترك سائر الدائنين (استئناف غلط ٢٣ يولي سنة ١٩٣٦ ٨٢ م ص ٣٢٧) ، أما في الدعوى البرلمانية فيشتأر وحده بمثابة الموصى . وقد رأينا أن القنين المدني الجديد قد محا هذا الفرق بحمله الدائن ، في دعوى الصورية والدعوى البرلمانية على السواء ، لا يستأثر وحده بالتفصيل على العين ، بل يشترك معه في ذلك سائر الدائنين .

انظر في هذه المقارنة التفصيلية : بودي وبارد ١ لفرة ٧٣١ - لفرة ٧٣٢ - مجموع ٧ لفرة ١١٤٢ - بلانويل وريير وروان ٧ لفرة ٩٧١ - لفرة ٩٧٢ - بيلان ولاجارو ٩ لفرة ٩٨٦ - دي باج ٢ لفرة ٦٤٢ و ٣ لفرة ٢٥٩ - لفرة ٢٦٠ - الأستاذ أحمد حليم أبو ستيه لفرة ٦٥٨ - لفرة ٦٥٩ - الأستاذ زيسايل حاتم لفرة ١٢١ .

(٢ م ٧١ المصنف - ٢٤)

لقد رأينا أنه لا يشترط في دعوى الصورية أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ولأن يكون هذا الحق سابقا على التصرف الصادر من المدين ، وهذا هو الأمر في الدعوى غير المباشرة . ورأينا كذلك أن دعوى الصورية تفيد جميع الدائنين على السواء ، من اشترك منهم في الدعوى ومن لم يشترك ، وهذا هو أيضا حكم الدعوى غير المباشرة .

وحتى نضغ دعوى الصورية إلى جانب الدعوى غير المباشرة في صورة واضحة ، نفرض أن لدينا باع حينا مملوكة له يباع صوريا . فلان البائع يستطيع أن يطعن في العقد بالصورية ، ولا يشترط لذلك أن يكون حقه مستحق الأداء أو أن يكون سابقا على التصرف الصوري ، وإذا نجح في دعواه استفاد منه سائر الدائنين . ويستطيع الدائن أيضا ، بدلائل الطعن بالصورية ، أن يستعمل حق مدينه البائع في التمسك بالعقد المستتر ، فيصل إلى نفس النتيجة التي يصل إليها مع وراء الطعن بالصورية ، وهو في ذلك أيضا لا يشترط فيه أن يكون حقه مستحق الأداء ولا سابقا على التصرف الصوري ، كما أن التمسك بالعقد المستتر يفيد سائر الدائنين .

٦٣٥ - وجوه التعوف : على أنه بين أن يطعن الدائن بالصورية في العقد الظاهر وأن يستعمل الدعوى غير المباشرة فيتمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين ، توجد الفروقات الآتية :

(١) إذا طعن الدائن في العقد الظاهر بالصورية رفع الدعوى باسمه هو ، وإذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين رفع الدعوى باسم هذا المدين . ويترب على ذلك أنه في الحالة الأولى يستطيع إثبات الصورية بجميع الطرق لأنه من الغير . أما في الحالة الثانية وهو يعمل باسم المدين ، فلا يستطيع الإثبات إلا بالطرق التي يستطيعها المدين ، فيجب الإثبات بالكتابة فيما جاوزت قيمته عشرة جنيهات ، أو فيما لا يجاوز هذه القيمة إذا كان العقد الظاهر مكتوباً <sup>(١)</sup> .

---

(١) ديمولوب ٣٠ ققرة ١٧٩ وققرة ١٨١ وما بعدها وققرة ٥٩٠ - لوران ١٩ ققرة ٦٠٣ - لاروسبيير ٦١٨ م ١٣٤٨ ققرة ١٨ وققرة ٢١ - بوردو وبارد ١ ققرة ٧٣٤ وققرة ٧٣٧ - بلانرول وبيير ودوران ٧ ققرة ٩٧٣ - كولان وكابيلان ومورانتويو ٢ =

(٧) وإذا طعن الدائن بالصورية ، فليس في حاجة إلى إثبات إحصار المدين .  
لما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن مدعيته ، وجب عليه أن يثبت أن المدين  
يصبح مبرراً أو يزيد إحصاره إذا لم يتمسك بهذا العقد .

(٨) إذا اعترض الدائن دعوى الصورية ، لم يستطع المشتري أن يدفع هذه  
الدعوى بدفع خاص بالعقد المستتر . أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن  
المدين ، كان للمشتري أن يدفع هذه الدعوى بكل الدفعات التي يستطيع أن يدفع  
بها دعوى البائع لو كان هذا هو الذي تمسك بالعقد المستتر (١) .

ويتبين مما تقدم أن الدائع يفضل الطعن باسمه بالصورية في العقد الظاهر ،  
فهذا غير له من التمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين عن طريق الدعوى غير  
المباشرة ، وذلك من جميع الوجوه المتضمنة الذكر (٢) .

== فقرة ٤٥٧ - وفنون ٢ ص ١٤٣ - نظرية العقد المولف فقرة ٧٦٦ - الأستاذ أحمد  
حسنت أبرزت فقرة ٦٦١ .

ولكن يلاحظ أنه حتى فيما بين المصنفين يمكن إثبات الصورية بجميع الطرق إذا كان هناك  
تعاين على القانون كما سبق القول ، وكذلك الأمر لو دفع الدائن دعوى الصورية باسم المدين  
عن طريق الدعوى غير المباشرة ( ديمولوب ٣٠ فقرة ١٨٢ وفترة ١٨٤ - فقرة ١٨٨ -  
لاندسيير ٦ م ١٣٤٨ فقرة ١٨ - فقرة ١٩ - برودى وبارد ١ فقرة ٧٣٧ .

(١) حك ٧ فقرة ٢٣٠ - برودى وبارد ١ فقرة ٧٣٤ - فقرة ٧٣٥ - فقرة ٧٣٦ - بلانول  
ودوير ودموران ٧ فقرة ٩٧٦ ص ٢١١ - وفنون ٢ ص ١٤٣ - دي باج ٣ فقرة ٢٥٨ -  
نظرية العقد المولف فقرة ٧٦٦ :

هذا ، وفي غير الحال التي نحن بسنده ، يلاحظ أيضاً أن دعوى الصورية لا تسلط بالعقود ،  
وتسلط الدعوى غير المباشرة بالذات التي تسلط بها الحق الذي يحصله الدائن . أما في الحال التي  
نحن بسنده ، فإن الحق الذي يحصله الدائن هو بالذات دعوى الصورية التي يرادها المدين ، وهذه  
أيضاً - كمعنى الصورية التي يرادها الدائن - لا تسلط بالعقود (نظرية العقد المولف فقرة ٧٦٦  
ص ٨٥٧) .

(٢) انظر في كل ذلك نظرية العقد المولف فقرة ٧٦٥ - فقرة ٧٦٦ .

## انفصل الرابع

### الحق في الحبس\*

(Droit de rétention)

### عميد - تكييف الحق في الحبس

٦٣٦- كيف نشأ الحق في الحبس : يرجع ذلك إلى عهد القانون الروماني . فقد كان الخائر لعين لا يملكها وهو يعتقد أنها ملكه ، إذا أفق مالا في حفظها أو في تحصيلها ، وأولاد المالك أن يسترد العين ، أعطى البريتور الروماني

● مراجع : وهو (Raymond) في المبلغ المستعده من عدم التخليد رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ — جونكو (Jonaco) في حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ — بينو (Pinot) بحث في إقامة نظرية في حق الحبس من الناحية التشريعية رسالة من باريس سنة ١٩٠٨ — بوجولانو (Pogonasso) في حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — بوب (Bobas) تعليقات في حق الحبس رسالة من باريس سنة ١٩١٣ — كاسان (Cassin) في المبلغ المستعده من عدم التخليد في المجلات التبديلية رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — بودوي ولوان (Loyens) جزء أول في حق الحبس لفرة ٢٢٠ وما بعدها — جيلوار (Guillaouard) في رغن الميزة وحق الحبس — بيدان وفورانان (Voisin) جزء ١٣ لفرة ٢٦٩ وما بعدها — كاييتان في السحب لفرة ١٢١ وما بعدها — ديريدا (Derrida) بحث في أساس حق الحبس رسالة من الجزائر سنة ١٩٤٠ — الدكتور صلاح العيون الثاني في الاعيان المشروع من الولاء رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٥ — أنيسكلويديس دالراز في لفظ (Rétention) ص ٧٠٣ وما بعدهم (ديريدا) — مقال لسان (Salomon) في الامتناع عن الولاء لعدم تنفيذ العقد (حوليات القانون للبحاري سنة ١٨٩٢-١٨٩٣) .

مراجع في القانون المصري : الأستاذ عبد السلام ذكي في التأمينات لفرة ٢٩١ وما بعدها . الأستاذ محمد كامل مرس في التأمينات الشخصية والعينية طبعة ثلاثة لفرة ١٤٤ وما بعدها — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات لفرة ٤٠٢ — لفرة ٤٢٧ — الأستاذ عبد القطع عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية لفرة ١٥٨ — لفرة ١٧٢ — الأستاذ عبد الحى حجازي ص ٢١٧ — ص ٢٢١ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام لفرة ١٣٢ — لفرة ١٤٨ — وانظر في المبلغ يقدم تنفيذ العقد : نظرية العقد المؤلف لفرة ٢٦٦ — لفرة ٢٧٧ — التوسط لمؤلف الجزء الأول لفرة ٤٩٢ — لفرة ٥٠٣ — الأستاذ حليى حجت بدرى في نظرية العقد لفرة ٣٥٣ — لفرة ٣٦٠ — الأستاذ أحمد حشمت أبو سليت في نظرية الالتزام لفرة ٣٧٧ — لفرة ٣٧٩ .

الحائز دليلاً بالنفس (*exceptio doli*) يلجأ به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه في حفظ العين وفي تحسينها<sup>(١)</sup>. وكذلك أعطى هذا الدفع بالنفس في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة ، إذا أنفق المودع عنده مالا على الوديعة وكان له الحق في استرداد ما أنفق . وكان هذا الدفع مفهوماً ضمنياً في العقود الملزمة للجانبين - إذ هي كلها عقود تنطوي على حسن النية (*contrats de bonne foi*) - وبموجبه يستطيع كل من المتعاقدين أن يفتى بتنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وهذا ما حمى به ذلك في القانون الفرنسي القديم بالدفع بعدم تنفيذ العقد (*exceptio non adimpleti contractus*) .

فنشأ الحق في الجحس والدفع بعدم تنفيذ العقد كان إذن واحداً في القانون الروماني ، كلاهما يقوم على دفع بالنفس . ولكن العلاقة فيما بينهما انقسمت في عصور القاء : ان الفرنسي القديم ، عند ما أخضع الدفع بعدم التنفيذ وراء فسخ العقد ، والتحقى الحق في الجحس بالأحيان المادية وأصبح يعتبر حقاً حقيقياً<sup>(٢)</sup> .

(١) ذلك أن الحائز - حسب قواعد القانون المدني الحق - لم يكن يحق له أن يسترد ما صرفه على العين ، فهو لم يكن وقت الصرف وكيلاً من المالك ولا فسخياً إذ كان يملك لمصلحة نفسه لا لمصلحة المالك . ولما كانت هذه نتيجة غير عادلة ، عمل البرهوت على تعديلها ، حسب قواعد العدالة ، ففسخ دعوى الاسترداد دليلاً بالنفس ، بموجب لا يكون الحائز ملزماً برد العين قبل أن يسترد ما أنفق من المصروفات .

(٢) وكان رجال القانون الكنسي هم الذين استخلصوا مبدأ الارتباط ما بين الالتزامات المتبادلة الناشئة من علاقة قانونية واحدة (*régle des corrélatifs*) ، ورتبوا على هذا المبدأ أن أي من الطرفين لا يجبر على إيفاء بالتزامه نحو الطرف الآخر إذا كان هذا الطرف الآخر لم يفرج نفسه بما عليه من التزام . وجاء به ذلك القضاء للاحقون لمبدأ التضام (*de glossateurs*) . بنوا من التصور الروماني القائم على هذا المبدأ نظرية الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وأسطروا : الاسم بعد أن نسبوا للقانون الروماني . ثم جعلوا كجهاز *Cujas* ومدبره فردوا التصور لرومانية إلى أصلها ، وقصروا الدفع بعدم التنفيذ على الحالات المعنية التي وردت فيها هذه المصوص ، فصاحت وحدة النظرية ، وتلكت تطبيقها ، بل وانطس اسمها . وساعد على ذلك القضاء أصحان - قبله القراء الذي عطفه لتلك النظرية - بنظرية الفسخ التي اعتنى وراسها الدفع بعدم التنفيذ ، بنظرية الجحس التي انفصلت عن نظرية الدفع بعدم التنفيذ بعد أن أصبح الجحس مخصصاً بالأحيان المادية وأصبح حقاً حقيقياً ، وكان يقول بمبدأه كل من ديولان وبوليه (سيفان) بقرة ٤٢٩ - بوردو ولوان ١ بقرة ٢٢٨ ) .

وهذه الصورة الأخيرة هي التي انتقلت إلى التفتين للمدني الفرنسي .

٦٣٧ - الحبس في القانون المدني الفرنسي : لم يضع التفتين للمدني الفرنسي نظرية عامة للحق في الحبس ولا للدفع بعدم تنفيذ العقد ، والنصر - متأراً في ذلك بالحالة التي كان عليها القانون الفرنسي القديم - حل إيراد تطبيقات معينة ضمنها بعض نصوص متناثرة<sup>(١)</sup> . وبقي الفقه الفرنسي ، طوال القرن التاسع عشر ، يطالع للموضوع حل أساس أن الحبس حالات معينة مذكورة على سبيل الحصر ، وليست له نظرية عامة . وفي مفتتح القرن العشرين نقل سالي عن التفتين للمدني الألماني النظرية العامة للدفع بعدم التنفيذ ، فكان ذلك حافزاً لفقه الفرنسي أن يجعل من الحبس نظرية عامة .

وقام خلاف في فرنسا هل الحق في الحبس حق حقيقي ؟ فقال بعض الفقهاء بذلك<sup>(٢)</sup> ، ولكن الغالبية - لاسيما في الفقه الفرنسي المعاصر - لم تر فيه حقاً حقيقياً<sup>(٣)</sup> ، إذ هو يفقد المقومات الأساسية للحقوق الحقيقية ، فليس ينطوي على حق في التقدم ولا على حق في التمتع ولا هو خاضع لإجراءات الشهر<sup>(٤)</sup> .

ومنذ آنكر على الحق في الحبس أنه حق حقيقي ، كان الرأي الراجح في القانون الفرنسي أن هذا الحق ليس مقصوراً على الحالات التي نص عليها التشريع ، وليست

(١) انظر مثلاً لبراد ٥٤٥ و ٨٦٧ و ١٦١٢ و ١٦١٣ و ١٦٧٣ و ١٧٤٩ و ١٩٤٨ و ٢٢٨٠ من التفتين المدني الفرنسي .

(٢) انظر : كاهري (Cabrye) في حق الحبس فقرة ٧٤ - جلابرون (Glisson) في حق الحبس ص ٢٥ وما بعدها - كاسان (Cassin) ص ٦٦٥ - سبيل (Surville) ٢ فقرة ٥٤١ - بون (Pons) ١ فقرة ٢١ - فقرة ٢٢ - بيدان ١ فقرة ٢٥١ - فقرة ٢٥٧ .

(٣) أبرهي ودو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٣ عاشم رقم ٢٠ - بودوي ودو لوان ١ فقرة ٢٧٨ - لوران ٢٩ فقرة ٢٩٢ - بلانول وريير وأسان ٦ فقرة ٤٥٩ - كولان وكاهيان ومورالديير ٢ فقرة ١٤٧٦ - بلانول وريير وهولانجيه ٢ فقرة ٣٢٨٣ - جوسران ٢ فقرة ١٤٧٠ - فقرة ١٤٧١ - لارن في معنى الحق الحقيقي : أنشيكور بيدي هالفرز ٤ لفظ Réclamation فقرة ٩٢ - فقرة ٩٣ .

(٤) إما أن لا ينطوي على حق تقدم ، فسرى أن الحبس لا يكتسب استقلالاً للجان الحبس على غيره من المقتنين . ولما أنه لا ينطوي على حق تتبع ، فلأن الحبس إذا نقل من سيارة إلى سيارة فقد حقه في الحبس ولا يستطيع استرجاعه . ولم ينظم القانون إجراءات خاصة لتحرير حقوقي الحبس .

هذه الحالات مذكورة على سبيل المحصر ، بل يجوز أن يمتد الحق في الحبس إلى حالات مماثلة عن طريق القياس ، بعد استخلاص قاعدة عامة ترد إليها جميع حقوق الحبس<sup>(١)</sup>.

ولا يمكن بطبيعة الحال أن يكون هناك دينان ما بين شخصين ، أحدهما دائن للآخر ثم هو مدّين له في الوقت ذاته ، فيحبس المدّين الدين الذي عليه حتى يستوفى الحق الذي له . وهذا إنما يقع في المقاصة القانونية ، عندما يكون الدينان من نوع واحد وتوافرت فيهما سائر شروط المقاصة ، فعند ذلك ينقضى الدينان بالمقاصة ، ولا يقتصر الأمر على الحبس أو وقف التنفيذ<sup>(٢)</sup>.

ولما يجب أن يكون هناك ارتباط (*lien de connexité*) ما بين الدينين ، وهذا الارتباط يتحقق في إحدى صورتين :

(١) إما أن يكون أحد الدينين قد نشأ بمناسبة الشيء الواجب الأداء (*debitum cum re junctum*) ، فحبس المدّين الشيء الذي يجب عليه أدائه حتى يستوفى الدين الذي نشأ بمناسبة هذا الشيء ، وذلك كصروفات الحفظ والصيانة والتحسينات التي يتفقها الحائز على العين التي في حيازته ، وكالتعويض عن الضرر الذي يحدثه الشيء للحائز ، ففي هاتين الحالتين يكون للحائز أن يحبس العين حتى يسترد هذه المصروفات أو يتقاضى هذا التعويض ، فقد نشأ الدين بالمصروفات أو بالتعويض بمناسبة الشيء محل الحيازة .

(٢) ولما أن يكون الارتباط آتيا مع أن كلا الدينين مصلته عقد واحد أو علاقة قانونية واحدة ، وذلك كالبائع يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، وكالمشتري يحبس الثمن حتى يسلم المبيع ، وكل من البائع والمشتري بعد فسخ البيع أو إبطاله يسترد ما سلمه إلى الآخر فلا يرد أحدهما ما أخذه إلا بعد أن يسترد ما أعطاه<sup>(٣)</sup>.

(١) برودي ولوان ١ فقرة ٢٣٠ — فقرة ٢٣٢ — بلانول وريجر وأسبان ٦

فقرة ٤٤٤ .

(٢) بلانول وريجر وأسبان ٦ فقرة ٤٤٤ ص ٥٩٧ وطلس رقم ٢ .

(٣) بلانول وريجر وأسبان ٦ فقرة ٤٤٥ .

٦٣٨ - من المجلس في التقنين المدني المصري السابق : لم يكن هناك شك في أن حق الحبس في التقنين المدني المصري السابق كان حقاً عينياً<sup>(١)</sup> ، فنصوص هذا التقنين كانت صريحة في هذا المعنى . كانت المادة ١٩/٥ من هذا التقنين تعدد الحقوق العينية التي يمكن أن تترتب على الأموال ، فذكر على سبيل المحصر حق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الامتياز وحق الرهن وحق الاختصاص وحق الحبس . وكانت المادة ٦٧٨/٥٥٤ تعدد أنواع الدائنين ، فذكر أولاً الدائنين العاديين الذين لا يضمن ديونهم حتى يضمن ، ثم تعقب بالدائنين ذوي الحقوق العينية فذكر الدائنين المرتهنيين ، فالدائنين الحاصلين على حق اختصاص ، فالدائنين المتنازعين بسبب رهبة حيازة أو حتى من حقوق الامتياز ، فالدائنين الذين لهم حق صالح للاحتجاج به على جميع الدائنين الآخرين في حبس ما تحت أيديهم من ملك مملوكة إلى حين استيفاء ديونهم . وإذا عرفت مناسبة ، في نص من نصوص هذا التقنين ، لذكر الحقوق العينية ، كان حق الحبس يذكر صراحة بينها . فقد كانت المادة ١٤٦/٩٢ تنص على أن العهد بإعطاء حق حبس على عقار أو منقول ينقل ذلك الحق ، بشرط عدم الإخلال بحق الامتياز والرهن العقاري والحبس . وكانت المادة ٢٥٣/١٨٩ ، وهي تفصل أحكام التجديد ( الاستبدال ) ، تذكر أنه يجوز الانقضاء على وأن التأمينات العينية كالامتيازات ورهن العقار وحبس العين تكون تأمينا على الدين الجديدي .

ومل جعل حق الحبس في هذا التقنين حقاً عينياً ، فصل بطبيعة الحال عن الدفع بعدم تنفيذ العقد ، وحدثت حالته على سبيل المحصر ، شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق العينية . فكانت المادة ٧٣١/٦٠٥ من التقنين المدني السابق تجري على الوجه الآتي : ويكون الحق في حبس العين في الأحوال الآتية ، فضلا عن الأحوال المنصوصة للمصرح بها في القانون<sup>(٢)</sup> : أولاً - للدائن الذي

(١) انظر في ذلك ، استفتاء مخطوط ٣٠ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٤١ .

(٢) هذه الأحوال المنصوصة التي كان محصراً بها في التقنين المدني السابق هي : (١) حق البيع في حبس المبيع حتى يقضى الدين ( م ٣٥٠/٢٧٩ ) . أما حق المقرض من حبس المدين فإذ لم يشر إليه في وضع هذه على المبيع أو ظهر سبب يفضي منه نزاع الملكية ( م ٤١١/٢٣١ )



له حق امتياز<sup>(١)</sup> . ثانياً - لمن أوجد تحسيناً في العين ، ويكون حقه من أجل ما صرفه أو ما ترتب على مصرفه من زيادة القيمة التي حصلت بسبب التحسين على حسب الأحوال<sup>(٢)</sup> . ثالثاً - لمن صرف على العين مصاريف ضرورية أو مصاريف لصيانتها<sup>(٣)</sup> .

وكان يمكن على أساس هذه النصوص وضع نظرية عامة لحق الحبس في التقنين المدني السابق . فحق الحبس هو الحق المعنى<sup>(٤)</sup> الذي ثبت لغير المالك

= فيبعض في التكيف أن يكون حقاً عينياً ، لأن الزمن دين في ذمة المشتري وليس عين مبرومة وهو قبل دفعه ملك المشتري والشخص لا يكون له حق عين على ملكه ، وإنما يكون هذا الحق تطبيقاً من تطبيقات الدفع بعدم تنفيذ العقد . (ب) حق المستأجر في حبس العين المزجرة عنه يحميها يحميها يكون سبباً في نزع عقد الإيجار ، حتى يستوفى من المزجر أو من المشتري التمسك الواجب له (م ٣٩٠ فقرة ٢/٤٧٧) . (ج) حق حافظ الوديعة في حبس العين المودعة ، حتى يستوفى من المودع المصاريف المنصرفة منه لحفظها ويغطي بدل الخسارات التي نشأت عنها (م ٤٨٨ فقرة ٢/٥٩٧) .

وهناك نصوص أخرى ، في غير التقنين المدني ، تمثل لفائف حق الحبس : (١) حق الركيل بالمعولة في حبس البضائع التي تحت يده (م ٨٥ تجاري) . (ب) حق القهودان في حبس البضائع التي في السفينة (م ١٢٥ بحري) . (ج) حق الزوج ملكيته النصفة العامة في حبس العقار ، حتى يستوفى من نازع الملكية التمسك المستحق له . انظر في ذلك : الأستاذ صلاح الدين الناصي فقرة ١٧٥ ص ١٨٤ جاشن رقم ١ ، وفي القانون الفرنسي : أوبري وروو فقرة ٢٥٩ مكررة ص ١٥٧ هامش رقم ٢ .

(١) ولو كان حق الامتياز هذا غير مبني على فكرة الزمن الفسني ، لم أنفق على شيء لحفظه أو ترميمه كان له حق امتياز عليه ، وكان له أيضاً أن يحميه . وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه يجوز للميكانيكي الذي أصلح سيارة أن يحميها حتى يستوفى أجره إصلاحها ( ١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٠) .

(٢) استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٦ ص ١٣٧ — استئناف مخطوط ١٦ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٢ — ٧ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٢٧ — ٢٣ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٤٦ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٤ — ١٤ يوليو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥٠٠ — ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ — ٨ يوليو سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ — قانون : استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٣ ص ٦٩ .

(٣) استئناف مخطوط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٠ — ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ .

(٤) هل أن التقنين منه تفرسهم الثلاث التي ترتب على حق الحبس لاحظوا أنه لا يجوز لفائف حق تقدم لمو حق تتبع بالمضى المألوف ، فذهبهم ذلك إلى القول بأن حق الحبس حق عين =

على الشيء الذي في حياته إلى حين استيفاء دينه بتمامه . ومصلوه نص في القانون ، فلا يجوز الاتفاق على خلق حق حبس جديد غير مانع عليه القانون ، وذلك فيما عدا رهن الحيازة حيث يثبت حق الحبس بالاتفاق . فأركان حق الحبس إذن ثلاثة : (١) نص في القانون بذلك (٢) دين صحيح حال للحاظر في ذمة المدين (٣) شيء مملوك للمدين تحت حيازة الثامن . ولا يقع الحبس على الأشياء المنوية كحق الانتفاع ، ولا على مالا يجوز بيعه كحق الاستعمال وحق السكنى وحق المستحق في الوقف . وقد يكون الشيء المحبوس مملوكاً لغير المدين كأصحة المستأجر من الباطن . ويجب أن تم الحيازة على وجه قانوني ، لا غلبة أو غشاً أو إكراها . ولما كان حق الحبس حقاً عينياً ، فإنه يتضمن حق تتبع على نحو خاص ، فيجوز لمن له حق الحبس أن يمسك بمقتضى في مواجهة مالك العين ومالكه وحلفاءه وحلفاءه العام وتختلف التفاصيل ، ولكنه إذا نحل عن الحيازة اضطرراً لم يجوز له أن يستردها وقد حقه في الحبس . ويتضمن حق الحبس أيضاً حق تقديم ولكن بطريقة غير مباشرة ومن ناحية عملية ، فصاحب هذا الحق يستطيع أن يستفيق الشيء في حياته حتى يستوفى الدين الذي له وبذلك يتقدم عليه على غيره من الدائنين <sup>(١)</sup> . ولكه حق الحبس ، بالرغم من حيثيته ، لم يكن خاصاً لإجراءات الشراء ، على خلاف في الرأي <sup>(٢)</sup> .

= من نوع خاص (real guarantee) (١) الأستاذ محمد كامل مرسي في التعليقات التفسيرية سنة ١٩٣٨ ققرة ٦٤٦ ) . وضعت محكمة الاستئناف المنطقة في أحد أحكامها إلى أن حق الحبس حق شخصي لا حق عين ، وأنه لا يزول صاحبه بزيادة التمتع ، فإذا رفضت به التحويل من عقارات موكلة بغيره ، ولم يطلب استردادها لاستعمال حق الحبس عليها من أجل المصروفات التي أنفقتها ، كان دينه ديناً مادياً ( استئناف غطط ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤١ وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه ) . وانظر في أن حق الحبس حق عين : محكمة الاستئناف الكلية لقرطبة ٢٩ يناير سنة ١٩٣٠ الحاشية ١١ رقم ٤٩١ ص ٩٧٨ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حق الحبس لا ينقل صاحبه لا حق التمتع ولا حق الأولوية ، وليس لصاحبه إلا رفض التسليم ، وإذا بيعت العين فلا يدخل في التوزيع إلا ما كان خاصاً . ولكن من جهة أخرى فإن دائي صاحبين وعقارات لا يمكنهم دفع دينه الحبس إلا بعد سداد المبالغ التي له ، وإذا بيعت العين لم يمكن المقرض تسليماً إلا إذا دفع الدين المطلوب عليه . فهو من هذه الجهة فيه بالمقارنة ، ويمكن الاحتجاج به على صاحب الدين لو من تلق الملك منه ، ولواضع له ألا يسلم الدين إلا إذا دفع له قيمة ما صرفه (٩ فبراير سنة ١٩٣٧ الحاشية ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤) .

(٣) فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حق الحبس الذي هو يكره للمطلوب بالقبض إلى

وقد حاول الققه المصري، في عهد التقنين المدني السابق، أن يشكك في حقيقة حق الحبس، وأن يضع إلى جانب هذه العملية فكرة أن الحق في الحبس ليس إلا دعوى يمدد التنفيذ، فهو ليس بحق حقيقي ولا بحق شخصي، ولكن صراحة التصور في التقنين المدني السابق كانت قاطعة في أن هذا التقنين يعتبر حق الحبس حقاً حقيقياً. فلم تكن هذه المحاولات القفوية إلا بمثابة إرغاصات مؤذن بما يكون عليه المستقبل، وقد دعت فعلاً عند تنقيح التقنين المدني إلى الرجوع بالحق في الحبس إلى طبيعته الحقيقية مع أنه دفع وليس بحق، فصار على هذا النهج التقنين المدني الجديد<sup>(١)</sup>.

### ٦٣٨ - الحق في الحبس في التقنين المدني المصري الجديد : مخرج

التقنين المدني الجديد نظرية التقنين المدني السابق في أن الحق في الحبس حق حقيقي. وقد جرى التقنين الجديد بهذا النهج التطور الحديث في الققه والتفريع<sup>(٢)</sup>، وجعل من الحق في الحبس نظرية عامة تنبسط على جميع نواحي القانون، ولا تنحصر في حالات معينة تتأثر في النصوص المتفرقة. ذلك أن الحق في

ما صرف على العبادة لا يقتضي حق التنفيذ، ولا يمكن الاحتجاج به قبل الغير، إلا إذا كان ناشئاً عن امتياز مسجل تسجيلاً صحيحاً (١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨). ولقد محكمة الاسكتندرية الكلية الوطنية بأن حق الحبس يعتبر حقاً حقيقياً، لا بما يقترب عليه من الآثار القبلية بما قد تملكه ما يقترب من الآثار القانونية على المحكوم عليه، أي حق التنفيذ والاعتزاز، وعلى ذلك فلا ينفك هذا الحق إلا بتسجيله لا بمجرد التصديق (٢٩ يناير سنة ١٩٤٠ المحاماة ١١ رقم ٤٩١ ص ٩٧٨ وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه).

(١) وكما من يلاحظه، في عهد التقنين المدني السابق، هيئة الحق في الحبس التي احتفظها هذا التقنين، كاشفت عن حقيقة من أنه دفع لا حق (نظرية الققه لمؤلف بقرة ٦٦٨ ص ٧١٣ عامل رقم ١). ولا ضرر يعود على الغير من اعتبار الحق في الحبس دعواً سائراً في حقه دون أن يعتبر ذلك أن الدائن، إذا جسد من ماله ما عليه لهذا المدين حتى يستوفي حقه المرتبط بالدين المبرور، فإنه لا يترتب على حساب ماله، بل يجب أن يرى المدين نفسه ملحقاً به (هو أنظر في هذا الشأن بلايول وديير وآسيان ٦ بقرة ٤٥٩).

(٢) انظر التقنين المدني الألماني (م ٢٧٣ - ٢٧٤ م ٢٧٤ - ٢٧٥) والتقنين المدني الأيرلندي (٣٩٢٩ - ٣٩٤٦). أما التقنين المدني السوري (م ٨٩٥ - ٨٩٨) فيبدو أن يعتبر حق الحبس حقاً حقيقياً (انظر بترج عامس م ٨٩٨). وانظر في حق الحبس ويرجع طام الاستئناف المقروء من الققه في الققه الإسلامي المذكور صلاح الدين القاضي في الإحتجاج المقروء من الققه بقرة ٣٤٠ وما بعدها.

المجلس يقوم في أساسه على مبدأ علم ، هو أن الدائن إذا كان ملتصقاً في الوقت ذاته لمدينه ، فمن حقه بقدر الإمكان أن يستوفى الدين الذي له من الدين الذي عليه . وهذا المبدأ يقوم على اعتبارات تخليها بداهة المنطق ومقتضيات العدالة ، وتعتمد في جلوهها إلى أحماق التاريخ فقد كان القانون الروماني كما قدمنا يعالج الحالات التي تتجمع حول هذا المبدأ بمعالجة واحدة هو النسخ بالنفس (exceptio doli) .

ونجد تطبيق هذا المبدأ كاملاً في المقاصة القانونية فحيث يكون الدائن ملتصقاً لمدينه ، وتوافر في اللذين صفات معينة بأن يكونا خاليين من النزاع وحالين ومن جنس واحد ، فكل دائن منهما يستوفى الدين الذي له من الدين الذي عليه ، فيقال أن الدين قد انقضى قصاصاً بقدر الأقل منهما<sup>(١)</sup> .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ بعد ذلك في العقود الملزمة للجائين . فلكل من المتعاقدين أن ينفذ الوفاء بالدين الذي عليه حتى يستوفى الدين الذي له ، وهذه قاعدة النسخ بعدم تنفيذ المقد ، وقد بسطناها تفصيلاً في الجزء الأول من هذا الوسيط<sup>(٢)</sup> .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة . فلحافظ الوديعة أن ينفذ تنفيذ التزامه من رد الوديعة إلى المودع ، حتى يستوفى مائة مائة

---

(١) وانظر المقاصة من المجلس في أسرن ؛ (١) يفترض في المقاصة العاد مجلس المدين هو حاجة إلى قيام ارتباط فيما بينهما . وعلى التوالي من ذلك المجلس ، يفترض فيه الارتباط دون العاد مجلس المدين . (ب) المقاصة سبب لالتقاء المدينين بقدر الأقل منهما ، فهي وسيلة بيان ووسيلة استيفاء . أما المجلس فيبقى المدينين لاثنتين وأحياناً فائضين للآخر ، فهو وسيلة بيان دون أن يكون وسيلة استيفاء (برودي وديوانن لقررة ٢٢٠ - جوسران ٢ لقررة ١٤٦٦ - الأسطاس سليمان مرسوق في التعليقات ص ٦١٩ حاشي رقم ٢ - الدكتور صلاح الدين القاضي في الانتفاع المبرور عن قوله لقررة ١٩٢ - لقررة ١٩٨) .

(٢) الوسيط المكون من الجزء الأول لقررة ١٩٢ - لقررة ٥٠٣ - نظرية العقد المبرور لقررة ٦٦٦ - لقررة ٦٧٧ - وانظر أيضاً الدكتور صلاح الدين القاضي في الانتفاع المبرور عن قوله لقررة ١٢٤ وما بعدها - الأسطاس إسحاق غانم في أحكام الالتزام ص ١٨١ حاشي رقم ١ - وفارون في التميز بين الحق في المجلس والنسخ بعدم تنفيذ العقد ؛ كايوتان في السبب لقررة ١٢٦ - دي باج ٢ لقررة ٨٧١ - أنيسكرويس مالوز ؛ لفظ Revision لقررة ٢٧٧ ولقررة ٢٧ - لقررة ٣١ - الأسطاس حلي . جيت بدوي في نظرية العقد لقررة ٣٥٧ - لقررة ٣٦٠ - الأسطاس عبد الفتاح عبد الباقي في التعليقات لقررة ١٦٤ ص ٢٤٤ حاشي رقم ١ .

المودع من مصروفات أنفقت في حفظ الوديعة ومن تعويض عما حصى أن تكون الوديعة قد أحدثت من الضرر .

ثم نجد تطبيق هذا المبدأ حتى لو لم يتم علاقة تعاقدية بين الطرفين ، ما دامت هناك رابطة تربط العين المحبوسة بالعين المحبوس من أجله (rapport de connexité entre la dette et la chose - debitum cum re junctum) كالحائز يحبس العين حتى يسترد من المالك المصروفات الضرورية ومصروفات التحسين .

بل إن هناك ميلا عند بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> للذهاب إلى مدى أبعد من هذا ، وإعطاء الحق في الحبس للدائن ما دام مديناً لمدينه ، حتى لو لم توجد أية رابطة ما بين الدينين ، فالتقابل ما بين الدينين ، لا الرابطة بينهما ، هو الذي تنف عنه لإعطاء الحق في الحبس . ويتحقق هذا الوضع الآن عملاً ، لأن طريق الحق في الحبس ، بل من طريقين آخرين : (أولاً) من طريق المقاصة القضائية ، فيدفع المدين دعوى دائته عن طريق دعوى فرعية (demande reconventionnelle) يرغمها على الدائن يطالبه فيها بددين له في ذمة دائته ، ولو لم يوجد أى ارتباط ما بين الدينين . فإذا كان المدين محقاً في دعواه الفرعية ، أجرى القاضي مقاصة قضائية ما بين الدينين . (ثانياً) من طريق حجز الدائن تحت يد نفسه (saisie - arrêt sur soi - même) ، فللدائن إذا كان في الوقت ذاته مديناً لمدينه أن يحجز هذا الدين الذي عليه لمدينه تحت يد نفسه ، ولو لم يكن بين الدينين أى ارتباط ، وإذا حكم القاضي بصحة الحجز أجرى المقاصة ما بين الدينين . فإبصل إليه الشخص الآن عن طريق المقاصة القضائية وعن طريق الحجز تحت يد نفسه ، يمكن إذا تطور الفكر القانوني أن يبصل إليه عن طريق الحق في الحبس ، إذا بلغ هذا الحق في تطوره مداه الأخير ، وأصبح يثبت في أى دينين متقابلين من غير أن تقوم بينهما أية رابطة<sup>(٢)</sup>

وتبين من هذا التحليل طبيعة الحق في الحبس في التفتين المنفى الجديد .

(١) انظر بنوع خاص كولان وكامبان وموداليفر ٢ نكرة ١٤٨٢ ص ٩٣٦ ملحق رقم ٣.

(٢) أنظر الملائكة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال المصنوعة ٢ ص ٦٥١.

فليس هو الحق المعنى، ولا يخلق الشخص<sup>(١)</sup>. بل هو حق للمدين في أن يقف الوفاء بدينه حتى يستوفى الدين الذي له في ذمة دائته، فهو دفع بعدم التنفيذ، يدخل معه الدفع بعدم تنفيذ العقد الذي يعتبر فرعاً عنه<sup>(٢)</sup>. وهو بمثابة ضمان عناصر أعطاه التقنين المدني الجديد لكل دائن يكون مدينياً في الوقت ذاته لدائته، فيحسب الدين الذي عليه حتى يستوفى الدين الذي له. ومن ثم نقل الحق في الحبس مع المكان الذي كان له في التقنين المدني السابق إلى المكان الذي له الآن في التقنين المدني الجديد، فأدرج ضمن ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل ضمان، إذ هو إحدى وسائل الضمان في هذه الحالة الخاصة<sup>(٣)</sup>، وكما أن الدائن في الدعوى غير المباشرة يترقى لتنفيذ بحقه حقاً أمهله المدين، وفي الدعوى البولية حقاً نقله المدين الغير خطأ، وفي دعوى الصورية حقاً تظاهر المدين بنقله للغير، فاللذان في الحبس يترقى لتنفيذ بحقه حقاً للمدين ترتب في ذمته هو.

وهناك أهمية عملية كبيرة في هذا التحوير الذي أتى به التقنين المدني الجديد، وانتقل بمقتضاها الحق في الحبس من حق معي إلى دفع بعدم التنفيذ. وتبين هذه الأهمية من الوجوه الآتية :

- (١) أصبح الحق في الحبس غير مذكور على سبيل الحصر، بل هو يمتد إلى «أحوال لا تنتهي»<sup>(٤)</sup>، إذ هو دفع وليس بحق معي أو حق شخصي.
- (٢) زول بالتكييف الجديد صعوبات كانت قائمة في عهد التقنين السابق، فقد كان هذا التقنين يعتبر الحق في الحبس حقاً عينياً، ومع ذلك فإن حق التقدم وحق التتابع للمصاحبين دائماً للحقوق العينية لا يظهران في وضوح مصاحبين لهذا الحق المعنى.

---

(١) انظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٢٦ — الأستاذ عبد الحى جباري ٣ ص ٢١٧ — الأستاذ إسماعيل خاتم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٨ — وفارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية (فقرة ١٦٢ ص ٢٤٠) حيث يلزم إلى أن الحق في الحبس حق شخصي يترتب في ذمة المدين مطلقاً بالنسبة للمحبوس.

(٢) جورمان ٢ فقرة ١٤٧١ — أنسيكاريدس دالوز ٤ لفظ Redaction فقرة ٦.

(٣) قارب في هذا المعنى الدكتور صلاح الدين قناني في الاستعاضة المشروعة من الوفاء ص ٤٢١ — ص ٤٢٢.

(٤) الفلكرة الإلهامية المشروعة التمهيد في موجزة الأعمال التشريعية ٢ ص ٦٤٨.

(٣) تنهى بالتكليف الجديد مشكلة إجراءات الشر ، بقدر كان واجبا  
إذا كيف الحق في الحبس بأنه حق عيني أن يكون خاضعا للشر ، أما الآن فهو  
دفع لا حق عيني ، ومن ثم لا يخضع لهذه الإجراءات .

فالتكليف الصحيح الحق في الحبس في التقنين المدني الجديد إذن هو أنه دفع  
بعلم التنفيذ ، يحول الدائن الذي يكون في الوقت ذاته مدينا لمدينه أن يقف  
الوفاء بالدين الذي عليه حتى يستوفي الدين الذي له . ويقوم ذلك على اعتبارات  
ترجع إلى مقتضيات العدالة وبداية المنطق القانوني<sup>(١)</sup> .

ونبحث الحق في الحبس في التقنين المدني الجديد ، وفقا للخطة التي سار  
عليها هذا التقنين ، من الوجهة الآتية : (أولا) من حيث نشوئه (م ٢٤٦ مدني) .  
(ثانيا) ومن حيث الآثار التي تترتب عليه (م ٢٤٧ مدني) . (ثالثا) ومن حيث  
انقضاءه (م ٢٤٨ مدني) .

## الفرع الاول

### نشوء الحق في الحبس

٦٤٠ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٤٦ من التقنين المدني

على ما يأتي :

(١) وقد جده في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « صور  
المشروع حق الحبس تصويراً يكشف عن حقيقة ، فهو ليس من قبيل الحقوق العينية كما صور  
خطأ في التقنين الحال (السابق) : أنظر المادة ١٩/٥ من التقنين المصري (السابق) ، بل هو مجرد  
دفع يصمم به الدائن بوسيلة فعالة من وسائل الضمان . وقد كف هذه المظاہة عن أن يكون  
حق حبس ، وأصبح حقا في الحبس . وحل هذا النحو خرج المشرع بهذا الحق من نطاق التطبيقات  
الخاصة التي وردت في التقنين الحال (السابق) حل سبيل الحصر ، إلى حيز المبادئ العامة ، وبذلك  
كفل له عموم التطبيق في أحوال لا تتناهى . فشكل مدين أن يمنع من الوفاء بالتزامه استناداً إلى  
حقه في الحبس ، ما دام الدائن لم يرض الوفاء بالتزام نشأ بسبب التزام هذا المدين وكان مرتبطاً  
به (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٦٤٨) .

وجده أيضاً في المذكرة الإيضاحية ما يأتي : « صور المشروع حق حبس تصويراً وحيث من  
حقيقة ، فببطل منه مجرد دفع من الدفع لا يخلط بالحقوق العينية ولا يشاركها في مقوماتها . »

١ - لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع من الوفاء به ، ما دام المالك لم يرضى الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومربط به ، أو ما دام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا .

٢ - ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أتفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له يتمتع من رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع<sup>(١)</sup>. ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٧٣١/٦٠٥ . وقد سبق ذكرها ، وكذلك سبقت مقارنة التقنين المدني السابق بالتقنين المدني الجديد في هذا الموضوع .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٤٧ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٢٨٠-٢٨٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٢٤٩ ، وفي تقنين الموجبات والقيود اللبني المادتين ٢٧١-٢٧٢<sup>(٢)</sup>.

ثم أنه استعاض عن بيان أحوال المدين على سبيل الحصر بإيراد قاعدة عامة ، لها من الناحية ما يؤهلها لأن تتناول جميع التطبيقات التي يمل العقل فيها وجوب تحويل هذا الحق ، فخاصة بذلك ما يطرحه في ذلك البيان من إسراف في المخرج والتضييق (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٦٥١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد فيما عدا بعض اختلاف لفظي . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية فأصبح النص مطابقاً ، وصار رقمه ٢٥٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة الشيوخ اعترض بأن النص يقرر مبدأ جديداً ، لأنه يصور حق المدين في أوسع نظرياته . ورد على هذا الاعتراض بأن النظرية التي أخذ بها النص ليست نظرية جديدة بل هي نظرية الفسخ بعدم التخلي ، على أن حق المدين لا يتنازل بمجرد أن يقع فيه فسخ فسخ صفة في يد المالك ، بل يجب أن تتوافر شروط معينة . وحكم النص ليس جديداً ، بل يوجد ما يماثله . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاعتراض ، ونقرت النص كما هو تحت رقم ٢٤٦ . ثم أقره مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٦٥٠ و ص ٦٥١ - ص ٦٥٢) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٤٧ : مطابقة لنص التقنين المصري .

التقنين المدني العراقي : م ٢٨٠ - ١ - فبالإمكان أن يحبس المدين إلى أن يؤدى المدين جميع الدين الحال . وبالمثل أن يحبس المدين الذي يملك له إلى أن يستوفى الأجر المسحق ، سواء كان له له أثر في هذا الشيء أم لم يكن . وذلك كله وفقاً للأحكام التي قررها القانون . ٢ - وفي كل معاملة مالية بوجه عام ، لكل واحد من المتعاملين أن يمنح الموقوف عليه وهو في يده ، حتى يتخلى البذل المسحق .



وبتين من هذا النص أن الحق في الحبس شرطاً إذا توافرت ثلثاً هذا  
الذبح ، وأن له تطبيقات متنوعة لا يمكن ذكرها على سبيل المحصر . فنبسط هذه  
الشروط ، ثم نستعرض بعض التطبيقات سواء ما ورد فيه نص صريح أو ما لم  
يورد فيه نص .

## المبحث الأول

### الشروط الواجب توافرها لنشوء الحق في الحبس

٦٤١ - شرطان لفسخ الحق في الحبس : وضعت الفقرة الأولى من  
المادة ٢٤٦ قاعدة عامة برّد إليها جميع تطبيقات الحق في الحبس . وهذا هو  
المجلد الذي أتى به التفتين المدني الحالي ، فقد كان حق الحبس في التفتين المدني  
السابق ، كما رأينا ، يقتصر على حالات خاصة مذكورة على سبيل المحصر ،  
إذ كان يعتبر في هذا التفتين حقاً عينياً .

== م ٢٨١ : يجوز لمن أنفق على ملك غيره ، وهو في يده ، مصروفات ضرورية أو لائقة ، أو  
أنشأ فيه بناء أو غرس أشجاراً ، أن يمتنع عن رده حتى يستوفي ما هو مستحق له قانوناً ، لا أن  
يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع .

م ٢٨٢ : ١ - لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام المدين لم يوف  
بالإلتزام في ضمه نشأ بسبب الإلتزام المدين وكن مرتبطاً به . ٢ - فإذا قدم المدين طلباً كافياً  
الوفاء بالإلتزام ، سقط حق المدين في الإمتناع عن أداء ما التزم به .

(وله التصور في جعلها تنفق في أحكامها مع أحكام التفتين المدني المصري ، وإن كان  
التفتين المدني العراقي توسع أن يساهم الفقه الإسلامي في تطبيقاته المنظمة للحق في الحبس ، ثم  
انتهى إلى وضع قاعدة عامة هي القاعدة التي أتى بها التفتين المصري - الطريق فصرح هذه التصور  
في التفتين المدني العراقي الدكتور حسن علي الننون في أحكام الإلتزام في التفتين المدني العراقي  
ص ١١٠ - ص ١١٣ )

التفتين المدني للملكة اليبية المنسوبة م ٢٤٩ : مطابقة لنص التفتين المدني المصري .  
تفتين الموجبات والمقود للبنان م ٢٧١ : أما وسائل التنفيذ فهي بالعكس لا يجوز للمدين

استعمالها إلا إذا كان حقه مستحق الأداء . وأخص تلك الوسائل الجبر التحليلي ،  
أيضا طريقة المخرج (المادة ٢٥١) وحق الحبس ، أي حق كل شخص دائن ومدين مساو  
أو حالة واحدة بأن يمتنع عن التنفيذ ما دام الفريق الآخر لم يبرس القيام بما يجب عليه .  
(م ٧٢ القوس - م ٢٢)

لما في العتقين الجديد فلا يحد حالات الحق في الحبس ، ولكن يحد الشروط التي إذا هي توافرت تنفي الحق في الحبس . ويمكن من الرجوع إلى النص المشار إليه يحد هذه الشروط في شرطين اثنين :

( أولاً ) أن يكون هناك شخصان كل منهما دائن للآخر ومدين له ، ومن ثم يكون هناك دينان متقابلان : دين في ذمة الأول للدائن ، ودين مقابل له في ذمة الثاني للدول .

( ثانياً ) أن يكون هناك ارتباط (lien de connexité) ما بين الدينين .

ونستعرض كلا من هذين الشرطين .

٦٤٢ - **الشرط الأول - دينان متقابلان** : يجب أولاً أن يكون هناك شخص مدين لآخر ، وثانياً أن يكون هذا الآخر مديناً هو أيضاً للأول . ينفذ الأول الوفاء بالدين الذي عليه حتى يستوفى الدين الذي له .

أما الدين الذي في ذمة الشخص الأول - وهو المثل الذي يقع عليه الحبس - ليصح أن يكون مطلقاً بين معينة بالذات ، كدائن بأعها صاحباً لأصحب مديناً

م ٢٧٢ : إن حق الحبس لا يمتنع في كل من كان دائناً ومديناً بموجب عقد متبادل ، بل يوجد أيضاً في كل حالة يكون فيها الدين مصلداً بموجبه ، أي حيث يكون الالتزام مبرجواً بين الدائنين المطلوب والمدين المقتض من يحصل حق الحبس من أجل ذلك الموجب ، فهو أي حق الحبس يحد مطلقاً إلا إذا كان له أو المسلك أو إلى محرز الشيء المبرجود أن يكون ذمة معين بين الأموال المقفولة وغير المقفولة ولا بين الحبس الحسن لينة وسبها . وإنما يحرم حق الحبس محرز الأشياء المقفولة أو المبرجودة ومحرز الأشياء التي انترت بالمتف من صاحبها الحقيقي . (وأحكام هذه النصوص تنفذ في جعلتها مع أحكام نصوص العتقين المصري ، فقد جعل

العتقين البتاني من الحق في الحبس نظرية عامة ولم يحدد تطبيقاته على سبيل المحصر ، ولم يحد حقاً منها ، وتناول به حاله الذي يحد بدم تنفيذ العقد والارتباط ما بين الشيء المبرجود والمدين المبرجود من أجله ، وأوجب ألا يكون الالتزام سبه إبراز الأشياء المقفولة أو المبرجودة وإبراز الأشياء التي انترت بالمتف من صاحبها الحقيقي . ولورد تطبيقات مغلطة لحق في الحبس نشرها في نوع مطروقة : م ٨٢٣ و ٥٧١ و ٥٨٢ و ٦٧٧ و ٦٨٦ و ٦٨٧ و ٧١٨ و ٧٥١ و ٧٩٣ و ٧٩٨ قلع القح . انظر في كل ذلك المذكور سبهي المصنف في آثار الالتزام في القانون المدني البتاني ص ٤٦ - ص ٤٩ ) .

بتسليمها إلى المشتري ، فيقف تنفيذ التزامه بالتسليم حتى يستوفى الثمن<sup>(١)</sup>.  
ويصح أيضاً أن يكون الدين محله شيء غير معين بالذات، نقود أو أشياء معينة،  
كما لو اشترى شخص شيئاً فيقف دفع الثمن للبائع حتى يقوم البائع بتسليمه الشيء  
المبيع . بل يصح أن يكون محل الدين عملاً أو امتناعاً عن عمل . فللقاoul يستطيع  
الأيذاء العمل حتى يستوفى ما أتفق مع رب العمل على أن يسجله له من الأجر .  
وصاحب الأرض الذي تعهد ألا يمنع جواره من المرور في أرضه ، مقابل جعل  
معين ، يستطيع أن يقف تنفيذ التزامه بمنع الجوار من المرور حتى يستوفى جسه<sup>(٢)</sup>.

(١) والقالب فيما يرد عليه المحبس أن يكون شيئاً مادياً ، متقولا أو طياراً ( استثناء شرط  
٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ ) . ولا يرد المحبس على الاستعاضة بأية حال ، فلا يجوز مثلا  
لمصاحب المدرسة أن يحبس للتلميذ من دخل أسرته لعدم دفعه المصروفات الدراسية ، ولا لمستشفى  
الولادة أن يحبس المولود من ثوبه حتى يستوفى أجره ، ولا لصاحب الجنازة أن يمنع من تسليم جثة  
الميت إلى أهلته حتى يستوفى منهم مصروفات الجنازة ( يبدان ولغواران فقرة ٢٧٣ — الأستاذ  
سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٠ ) .

ويطلب أن يكون الشيء المحبوس مملوكاً لمتدين ، ولكن ذلك ليس بشرط ، فقد يكون مملوكاً  
لذات المحبس نفسه وعليه التزام بأدائه لمتدين . فالجور له أن يحبس الدين المؤجرة — وهي  
ملكه ولكنه ألزم بتسليمها للسائر — حتى يستوفى الأجرة ( أنسيكلو پدى مالقوز ، لفظ  
Réduction فقرة ١٦ ص ٧٠٥ — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٦ —  
الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٦٥ ص ٢٦١ — الأستاذ إسحاق غانم في أحكام الالتزام  
فقرة ١٣٤ — قارن كولان وكايتان ومورانديير ٢ فقرة ١٤٧٣ — بلانبول وديج  
وبولانجي ٢ فقرة ٣٢٧ — ألكيبود منصور مصطفى منصور في نظرية الحلول للمعنى وسالة حل  
الألة الكتابية من القاهرة سنة ١٩٥٣ ص ١٧٩ هامش رقم ٢ ) .

(٢) كاسان ص ٤٨٥ — هذا والمادة ٨١٢ من القانون المدني تجعل مالك الأرض المحبوسة  
حق المرور في الأرض المجاورة نظير تعويض حاصل ، فإذا امتنع من دفع هذا التعويض ، كان  
مالك الأرض المجاورة أن يقف تنفيذ التزامه بمنع مالك الأرض المحبوسة من المرور .  
ونرى ما تقدم أن نطلق الحق في المحبس قد اتسع من حيث الالتزامات التي يجوز الاستعاضة عن  
تنفيذها ، ونفس القوتين المدني الجديد يستجيب لهذا التوسع ، فهو يفترض أن المحبس ملزم  
« بأداء شيء » ( *tenue à une prestation* ) . واللفظ « شيء » ، الذي أريد به المعنى المقصود  
من لفظ ( *prestation* ) ، يتسع لكل التزام أيما كان محله ، ولو كان المحل امتناعاً عن عمل .  
فليس من الضروري أن يحبس الذات شيئاً مادياً ، بل يصح أن يحبس تنفيذ التزام ينتقل حق معي  
أو يمسل أو امتناعاً عن عمل . وإذا كان القنين المدني الألماني ( م ٢٧٣ ) قد عرف الحق في المحبس  
تصرفاً واسعاً قصد به أن يتناول المحبس كل التزام أيما كان محله ، فلنستأثر — علائقاً لما ذهب  
إليه الأستاذ إسحاق غانم ( أحكام الالتزام فقرة ١٤٣ ) — أن القنين المدني المصري الجديد قد  
تخلف عن القنين المدني الألماني في ذلك .

على أنه لا يصح أن يكون عمل الدين ملكاً عاماً ، استأجره شخص مثلاً وأبقى عليه ويولد حبه حتى يستوفى ما أتفق ، وذلك أن حبس الملك العام يفوت المصلحة العامة التي أهداها هذا الملك <sup>(١)</sup> . كما لا يصح أن يكون عمل الدين شيئاً غير قابل للحجز عليه في الدين المقابل . فلا يحبس هذا الشيء من صاحبه إلا بقدر ما يكون قابلاً للحجز عليه في هذا الدين . مثل ذلك ما نصت عليه المادة ٤٨٨ من قانون المرافعات من أنه لا يجوز الحجز على أجور الخدم والصناع والعمال أو مرتبات المستخدمين إلا بقدر الربح ، فلا يجوز لرب العمل ، بعد أن استحق العامل أجره ، أن يحبس أكثر من ربح هذا الأجر عنه حتى يستوفى منه التزاماً ترتب في ذمته له . ومثل ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٤٨٥ من قانون المرافعات من عدم جواز الحجز على أشياء معينة إلا لانتفاء ثمنها أو مصاريف صيانتها أو نفقة مقررة ، فلا يجوز حبسها من صاحبها إلا في دين من هذه الديون <sup>(٢)</sup> .

ولا يشترط في الدين - محل الحبس - أن يكون مصدره حقلاً ، فقد يكون مصدره عملاً غير مشروع أو إزاء بلا سبب أو نصاً في القانون . فإذا تصادمت سيولتان ، وأصبح صاحب كل سيارة ملتبساً بالتوقيض لصاحب السيارة الأخرى ، ولم تتوفر شروط المقاصة القانونية في الدينين بأن كان أحدهما غير مقرر مثلاً ، جاز لمن كان الدين الذي عليه موقفاً أن يحبس هذا الدين حتى يستوفى حقه بعد أن يتم تقديره ، فالدين المحبوس هنا مصدره العمل غير المشروع . وقد نصت الفقرة

(١) أنسيكلوبيدي دالوز ٤ لفظ (Retention) فقرة ١٧ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التعليقات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٦ - الأستاذ اساميل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٤ .  
(٢) الأستاذ سليمان مرقس في التعليقات فقرة ٤١٠ ص ٥٩٦ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التعليقات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٦ - الأستاذ اساميل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٤ .

وقد أعطيت في جواز حبس الدين الموقوف ، ولكن الرائج المجرى ؛ لأن الحبس حق مؤقت لا يؤدي إلى بيع الدين المهرسة ، فلا يلتزم مع طبيعة الوقف ، ولا يفوت معه مقصود من الوقف ( استنداد أسود ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ الحلة ٩ رقم ٢٢٤ ص ٣٩٩ - مجلة الاسكندرية الحلة ٢٦ مايو سنة ١٩٣٠ الحلة ١١ رقم ١٥٥ ص ٢٧٨ - مجلة كس الحلة ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٧ الحلة ٨ رقم ٢٥١ ص ٥٢٥ ) .

**الأولى من المادة ٩٢٤** ملغى، على أنه « إذا أقام شخص بموافقة من عنده مفتقات على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاه صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التصريح إن كان له وجه ، وذلك في مصادمة من اليوم الذى يعلم فيه بالقامة المنشآت ..... » . فى هذه الصورة يلتزم صاحب الأرض بتسليم المنشآت بعد إزالتها إلى صاحبها ، ومصدر التزامه الإكراه بلا ميب ، ويلتزم صاحب المنشآت أن يزيلها على نفقته وأن يدفع تعويضاً عن الضرر الذى أحدثه لصاحب الأرض ، ومصدر التزامه العمل غير المشروع . فيستطيع صاحب الأرض أن يجس المنشآت بعد إزالتها ، حتى يستوفى من صاحبها نفقة الإزالة والتعويض المستحق . ونصت المادة ٩٢٨ ملغى على أنه « إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جاز بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت عللاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك فى نظير تعويض عادل » . فى هذه الصورة يلتزم صاحب الأرض بأن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وهذا التزام مصدره نص فى القانون ، وذلك فى نظير تعويض عادل يلتزم بدفعه صاحب البناء لصاحب الأرض . ولصاحب الأرض أن يقف تنفيذ التزامه القانونى من اتخاذ الاجراءات اللازمة لنقل ملكية الجزء من الأرض المشغول بالبناء إلى صاحب البناء ، حتى يستوفى منه التعويض العادل .

على أن هناك استثناء واحداً من الأحكام التى قررناها ، وهو استثناء ورد فى آخر الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ . فإن هذا النص يجعل لحائز الشيء حق حبسه حتى يسترد المصروفات الضرورية أو النافعة التى أنفقها على هذا الشيء « إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع » . فالالتزام بالحائز برد الشيء الذى حازه أو أحرزه قد يكون مصدره العقد ، فيجوز حبسه ، وذلك كالتزام المستأجر برد العين المؤجرة إلى صاحبها عند نهاية الإيجار فيحبس العين حتى يسترد ما أنفق عليها . وقد يكون مصدره رد غير المستحق ، فيجوز أيضاً حبسه ، وذلك كالتزام من قسّم بحسن نية شيئاً من غير حق فيلتزم بردها إلى صاحبها وله أن يجبرها حتى يسترد ما أنفق عليها . وقد يكون مصدره العمل غير المشروع ، وهنا لا يجوز حبسه ، وذلك كما إذا انتصب الحائز العين من صاحبها أو سرقتها

مه أو وجدها ضالعة فاستولى عليها ، فإنه لا يجوز له أن يجبرها حتى يستوفى ما أنفق عليها ما دام قد حازها بعمل غير مشروع . بل يجب عليه تسليمها فوراً إلى صاحبها ، ثم يرجع عليه بعد ذلك بما أنفق <sup>(١)</sup> . لكن إذا حاز الشخص شيئاً مسروقة أو ضالعة دون أن يكون هو الذي سرقها أو حازها ، لم يكن التزامه برد العين إلى صاحبها مصلوفاً لعمل غير مشروع ، ومن ثم جاز له أن يقف تنفيذ الالتزام بالرد حتى يستوفى ما أنفق من المصروفات <sup>(٢)</sup> .

(١) ويحرم الحائز بصل غير مشروع الحق في الحبس ، حتى لو مضى على حيازته غير المفروضة سنة أو أكثر . فإن مضى هذه المدة إنما ينقضى بها حق الحائز الأصل في استرداد حيازته بدعوى من يدعى الميزة ، ولكن لا ينقضى بها حق الحائز الأصل في استرداد حيازته بدعوى الملكية إذا كان مالكاً ، وفي هذه الحالة لا يجوز للحائز بصل غير مشروع حبس العين ، لأن هذا يتعارض مع العدالة وحسن نية وها الأساس الذي يقوم عليه الحق في الحبس ( انظر في هذا المعنى الأستاذ إسحاق خانم في أحكام الالتزام ص ١٨٣ هامش رقم ٣ - وانظر عكس ذلك الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأملات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٧ ) .

(٢) قارن تقنين اللوجيات والمفرد البنائي م ٢٧٢ فقرة ثانية .

هذا ويشترط في الحائز ، حتى يحبس الشيء ، أن تكون حيازته ليست مجرد حفظ مادي للشيء بقتضى واجبات وظيفته ، فلا يجوز للصراف في محل تجاري أن يحبس الخزائن المهددة بمخاطرها إليه حتى يستوفى أجره ( انظر في هذه المسألة بلانويل وريبير وأسبان ٦ فقرة ٤٥١ ) . وليس من اللازم أن يجوز للحابس الشيء بنفسه ، بل يصح أن يجوز منه عدل ينقل عليه الحبس والمالك ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأملات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٧ ) . ويشترط أن يبقى الشيء في يد الدائن ( استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٥ ص ٩٤ ) ، فلذا خرج الشيء من يده بإرادته لم يستطع أن يسترده ( محكمة المنصورة للكلية الوطنية ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٢٣ ص ٥٢ ) . وقد يكون الدائن الحابس حائزاً للشيء بقتضى أنه مالك له أو بقتضى أنه يجوز حيازة قانونية ( possession ) ، أو بقتضى أنه يجوز مجرد إحصاء ( détention ) ، ويجب أن يكون الشيء المخبوس مشحوناً بالتسليم لمدن الحابس سواء كان هذا المدن يملكه أو كان هو صاحب الحق في حيازته القانونية أو في مجرد إحصاءه لانتفاع به . لا يجوز للمؤجر أن يحبس ملكه من المستأجر ، ويجوز لحائز الشيء أن يجبره من مالكه ، ويجوز للمستأجر أن يحبس العين المؤجرة - وهي في حوزة لاق حيازته - من آلت إليه ملكيتها حتى يستوفى حقه في التصويض عند عدم نفاذ الإجارة في حق المالك الجديد ( الأستاذ سليمان مرعش في التأملات فقرة ٤١٥ ص ٥٩٥ - ص ٥٩٦ - الأستاذ إسحاق خانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٤ ص ١٨٢ ) . وقد قفست محكمة استئناف مصر ، في عهد التقنين المنقذ السابق ، بأنه لا يصح احتجاز المستأجر حائزاً للمؤجر بسبب صحيح يجعله في حل من أن يصرف على العين ما يشاء لتسليمها وصيانتها ، إذ ليس للمستأجر غير الانتفاع بالعين المؤجرة بالحالة التي هي عليها وقت التأجير ، ولا يجوز أن يسمح للمستأجر بأن يخلو لنفسه بصله الشخصي حقاً عينياً على العين المؤجرة بما -

أما الدين الآخر المقابل للدين الأول ، والذي يحبس من أجله الدين الأول حتى يستوفى هو ، فيجب أن يكون ديناً ملغياً حالاً لم يتم تنفيذه . فإذ كان ديناً طيباً لم يجر الحبس من أجله ، وإلا كان في هذا جبر على تنفيذ الالتزام الطيبى ، ولا جبر في تنفيذه . كما قدمنا<sup>(١)</sup> . وإن كان غير حال ، فلا معنى لحبس الدين الأول إلى حين استيفاء هذا الدين الثاني ما دام استيفاءه وقت الحبس ليس بواجب<sup>(٢)</sup> .

== يقوم بصرفه في شؤون إصلاحها وصيانتها ، إلا إذا كان المالك المذبح قد اتفق معه على ذلك ، ولقول بغير هذا منتهى تمكين المستأجر من الإضرار بالمالك متى شاء ، والقانون لم يوضع للاضرار بالناس ( ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المبيعة الرسمية ٣٨ رقم ٦٩ ص ١٦٩ ) .

(١) بودرى دى لوان ١ فقرة ٢٤٤ مكررة ٢٤٤ - أنسكلويدى دالوز : لفظ (Raténation) فقرة ١٥ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ .

(٢) فيفترط إذن أن يكون حق المالك مستحق الأداء (انظر في هذا المعنى وما يقوم عليه من معبرات الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٠٩) . فإذا كان هذا الحق مؤجلاً أو معلوماً على شرط واقف ، فإنه لا يتناول الحق في الحبس (الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٠٩ -

الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨) . ولكن لا يفترط أن يكون مقبلاً (liquide) ، فثبت الحق في الحبس إلى أن يتم تقديره والوفاء به ، وإذا كان ذلك مقترفاً في المقاضاة القانونية فلا بد للدينين بتفويض بقدر الأقل بينهما فكان لا بد من أن يكونا

مطعنين ، ولا حاجة إلى ذلك في الحبس فهو امتناع مؤقت عن التنفيذ لا يظهر فيه وجه الضرورة في أن يكون الدين مقدراً (استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ -

٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٥٨ ص ١١٧٤ . استئناف مخطوط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٣ - ١٥ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة

٢٠ رقم ٤٤٣ ص ١٠٣٨ - الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٤ -

جس ٥٩٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد القادر في التأمينات فقرة ١٦٥ ص ٢٤٨ - الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ - ص ١٨٩ ) . ويجوز لقاضي أن يحدد أجلاً

يقوم للدائن به بتقدير حقه حتى لا يطول أمه الحبس ( الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٩ ) ، كما يجوز للقاضي أن يقدر قيمة الحق مؤقتاً فينتهى الحبس إذا أودعت

حده القيمة المؤقتة خزينة المحكمة ( استئناف مخطوط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ -

١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٣ ، وما الحكمان المذكوران سابقاً الإشارة إليهما) . ويلاحظ

الأستاذ سليمان مرقس أنه « إذا كانت المادة ٥٨٩ المتعلقة بحق المذبح في حبس المتفرقات الموجودة في العين المذبح لا تشترط أن تكون الأجرة حالية ، فماذا كان لأن حق الحبس في

حده الحالة منفرج عن حق امتياز المذبح ، ولأن هذا الامتياز يثبت للمذبح بمجرد دفعه ومن قبل حلول الأجرة ، ولأن استعمال المذبح حقه في الحبس ضروري لمصلحة على امتياز ، فلا بد

من ثبوت الحق في الحبس في هذه الحالة بمجرد ثبوت الامتياز ، أي من وقت العقد ، ولو كانت الأجرة غير مستحقة الأداء » ( الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٤ ) . =

ولكن الحق في الحبس يبقى قائماً حتى لو نفذ الدين الثاني تنفيذا جزئياً (١)  
أو تنفيذاً مبيعاً ، فإلم يكن التنفيذ تنفيذاً كاملاً سلباً جاز حبس الدين  
الأول . ولكن يجب أن يكون العيب في التنفيذ عيباً جدياً ، وأن يكون الجزء  
الباقى بغير تنفيذ جزءاً غير ناه ، وإلا لم يجز الحبس . والقضاء رقيب على كل  
فلك ، فإذا ادعى الدائن المحابيس أن تنفيذ الدين الذي له هو تنفيذ مبيع أو  
تقليد جزئى ، ومن ثم فقد استبقى حقه في الحبس ، كان للقضاء تقدير العيب في  
التنفيذ أو تقدير ما بقى من الالتزام دون تنفيذ البت فيما إذا كان هذا يبرر  
استبقاء الدائن لحقه في الحبس .

وإذا كان الاتفاق أو العرف يقتضى بأن يكون تنفيذ الالتزام الثانى تالياً لتنفيذ  
الالتزام الأول ، لم يجز حبس الالتزام الأول إلى حين تنفيذ الالتزام الثانى .  
فإذا كان المستأجر ملتزماً بدفع الأجرة مقدماً قبل أن يتسلم العين المؤجرة ، لم

---

وعنى من البيان أنه يجب أيضاً أن يكون حق الدائن المحابيس محقق الوجود ، فإذا وقع نزاع  
جدي في الحق الذي يدعى ، لم يكن له الحق في الحبس . ومن ثم لا يجوز للمستأجر أن يحبس  
الأجرة حتى يستوفى من المظهر تعويضاً يدعى أنه يستحقه ، إذا كانت دعوى التعويض لم يبت  
فيها القضاء ( الأستاذ دس. علي خان في أحكام الالتزام بقرة ١٢٧ ص ١٨٨ - أنسكلوبيدى  
والقرن : لفظ Revision بقرة ١٥٥ ) .

(١) وقد لفت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع في الدعوى هو أن المظنون عليه تملك مع  
الطاعة مل استغلاله فيعلم في الخارج لقاء مبلغ معين - ٧٥٠٠ جنيه - يدفعه المظنون عليه ،  
دفع منه وقت العقد جزءاً - ١٠٠٠ جنيه - وتعهده بدفع جزء آخر - ٣٠٠٠ جنيه -  
في مدى شهر من التوقيع على العقد ، بحيث إذا تأخر عن دفع هذا الجزء في مجاده يصبح المبلغ  
الذي دفع أولاً حداً للطاعة بصفة تعويض ويحظر القيد لانها ، وباقى المبلغ يدفع منه تسلم القيد  
في الخارج ، وتمتعت الطاعة بأنه يتم إيصال القيد إلى الخارج في خلال أربعة شهور من تاريخ  
التقائه - أى بعد وفاة المظنون عليه بالقرابة - وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المظنون  
عليه لم يمت بما تعهد به إذ لم يدفع سوى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه بعد اليمين الملتحق عليه ، فانه يكون  
الطاعة - رغباً من قبلها فوفاء المبرأى على غير الوجه الملتحق عليه - أن تحبس التزاماً بالتسليم  
حتى يقوم المظنون عليه بالوفاء الكامل ، إذ ليس من شأن قبول الطاعة للمبلغ الذي دفعه المظنون  
عليه بعد اليمين الملتحق عليه ما يقتض حتماً في الحبس . بل كل ما صي أن يكون له من شأن أنه -  
إذا أكل المظنون عليه المبلغ إلى ٣٠٠٠ جنيه - يصلح دفعاً لدعوى الطاعة إذا هي رغباً طالبة  
البيع لعدم وفاء المظنون بما تعهد به على الوجه الملتحق عليه . أما حتماً في حبس التزاماً  
بالتسليم ، فلا يقتض قبلها وفاء بعض النسخة به بعد اليمين الملتحق عليه ( نقض مدعى ١٤ يولي  
١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٥ ص ١٠٠٠ ) .



يجز له أن يحبس الأجرة حتى يسلم العين . وقد جرى العرف أن صاحب التمتع يقدم خصماته للنزول قبل أن يستوفى الأجر ، فلا يجوز له حبس هذه الخصمات حتى يستوفى أجره . ولكن لا يمنع الدائن من استعمال حقه في الحبس أن يكون للمدين قد منح أجلاً قضائياً (délai de grâce) لتنفيذ دينه ، فان مثل هذا الأجل - وقد أعطى معونة للمدين - لا يصح أن يكون سبباً في إسقاط حق دائته في الحبس<sup>(١)</sup> .

والدين المقابل ، كالدين الأول ، يصح أن يكون محله شيئاً أو ديناً أو محلاً أو امتناعاً عن عمل ، ويصح أن يكون مصدره عقداً أو عملاً غير مشروع أو إزاء بلا سبب أو نصاً في القانون . وقد مرت بنا أمثلة على بعض ذلك .

### ٦٤٣ - الشرط الثاني - قيام الارتباط ما بين المدينين : ولا يمكن

أن يكون هناك دينان متقابلان على النحو الذي بسطناه ، بل يجب أيضاً أن يقوم ارتباط ما بين هذين الدينين<sup>(٢)</sup> .

والارتباط نوعان : ارتباط قانوني (connexité juridique) وارتباط مادي

(١) وكذلك إذا كان الدائن هو الذي تبرع بالأجل ، فالمفروض أنه لم يرد بمنحه المدين أجلاً أن ينزل من حقه في الحبس (قارب المادة ٣٩٢ مدق في شأن المقاصة) فإذا ادعى المدين أن الدائن أراد بمنحه الأجل أن ينزل من حقه في الحبس ، فعمل المدين يقع فيه إثبات ذلك ، ما لم يفترض المشرع هذه التنية عند الدائن (انظر مثلاً المادة ٥٥٩ فقرة أول مدق) ، فينتظر معاملة حبه الإثبات إلى الدائن وعليه أن يثبت أنه لم يقصد بمنحه المدين أجلاً أن ينزل من حقه في الحبس (الاستاذ إسحاق غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٨٨ وحامش رقم ٤) .

ويجب أن يكون حق الدائن تالياً أو معاصراً لحيازته لشيء الحبوس ، ولا يصح أن يكون سابقاً على الحيازة ، لأن الحق في الحبس غيبي لا يتعلق بنية الطرفين ، بل يتوقف على سبق قيام الحيازة كواقعة مادية (أنسيكلوبيدي دالوز : لفظ Retention فقرة ١٨) .

(٢) بلانول وريبير وأسبان ٦ فقرة ٤٤٤ - وفقرة ٤٤٩ بودي ودی لوان ١ فقرة ٢٣٤ - وبذهب بودي ودی لوان مع أوري دور إلى أنه لا يكفي قيام الارتباط ما بين الدينين ، بل يجب أيضاً أن يكون بينهما أصل مشترك (أوري دور ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٥٨ - بودي ودی لوان ١ فقرة ٢٣٤) . ولكن الرأي الأرجح هو الاكتفاء بقيام الارتباط ما بين الدينين (توليه ٢ فقرة ١٣٠ - تولونج ١ فقرة ٢٥٨ وما بعدها - دي رانتون ٤ فقرة ٣٨٢ - سيجولون في حق الحبس فقرة ٥١ وما بعدها - دي لوان ١ فقرة ٢٤٣ - فقرة ٢٥٠) .

أو موضوعي (connexité matérielle, objective) (١).

فالأرتباط القانوني هو الذي ينشأ عن علاقة قانونية تبادلية ما بين الدينين ، سواء كانت هذه العلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية (٢). ذلك أن الارتباط يوجد ، أول ما يوجد ، ما بين التزامين متبادلين في عقد ملزم للجانبين . فكل التزام من هذين سبب للالتزام الآخر ، كما تقول النظرية التقليدية في السبب . وعدم تنفيذ أي التزام منهما قد يؤدي إلى فسخ العقد ، وهو على كل حال يبيع للتعاقد الآخر أن يتمتع عن تنفيذ التزامه ، وهذا هو الحق في الحبس في صورة الدفع بعدم تنفيذ العقد (٣). ويبقى الارتباط قائماً على أساس علاقة تبادلية ، حتى لو فسخ العقد أو أبطل ، وأصبح واجبا على كل من المتعاقدين أن يرد للآخر ما أخذه منه ، فكل من هذين الالتزامين مرتبط بالالتزام الآخر ارتباطاً تبادلياً وإن لم تكن العلاقة بسبب انحلال العقد علاقة تعاقدية . وينبغي على ذلك أن كلا من الطرفين له أن يتمتع عن رد ما أخذه من الآخر ، حتى يسترد منه ما أعطاه (٤).

(١) انظر في الارتباط القانوني أو المعنوي والارتباط الموضوعي أو المادي : كاسان تعليقه في سبده ١٩٢١ — ٢ — ٢٥ — بلانيول وريبير وأسان ٦ فقرة ٤٤٤ — بيدان وثوربران ١ فقرة ٢٧٣ وما بعدها — أنيسكلويدي دالوز ٤ لفظ (Réciprocité) فقرة ٣٨ — فقرة ٤٢ (دريدا) — الأستاذ سليمان مرقس في التأمينات فقرة ٤١١ — الأستاذ إسحاق غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٨ — فقرة ١٤٢.

(٢) ولما كان الارتباط القانوني يتميز بهذه العلاقة التبادلية، فقد كان الأنفل أن يطلق عليه « الارتباط التبادلي ».

(٣) ومن ثم سار الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صور الحبس . وقد حصر الفقهاء المذهب الجديد (م ١٦١) دائرة الدفع بعدم تنفيذ العقد في العقود الملزمة للجانبين ، ووسع من نطاق الحق في الحبس فقبل الدفع بعدم تنفيذ العقد صورة من صوره كما قلنا . وهناك اتجاه في الفقه الفرنسي يرى ، على العكس من ذلك ، إلى التوسع في الدفع بعدم التنفيذ وجعله شاملاً لجميع صور الارتباط القانوني فلا يقتصر على العقود الملزمة للجانبين ، والتضييق من حق الحبس ليكون مقصوراً على صور الارتباط الموضوعي أو المادي ( بلانيول وريبير وأسان ٦ فقرة ٤٤٤ ) . والصواب الذي اعتمدته الفقهين المذهب الجديد قريب من تصوير الفقهاء المذهب الألماني ، فالإدانة ٣٢٠ من الفقهين الألماني تقصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين والمادة ٢٧٣ لا تقتصر حق الحبس على صور الارتباط الموضوعي ( الأستاذ إسحاق غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٢ ) .

(٤) وقد كانت المادة ٢٤٤ من المشروع التمهيد الفقهين المذهب الجديد تنص صراحة على الحق في الحبس في هذه الحالة ، إذ كانت تجيز لكل من الطرفين « أن يجبر ما أخذه ما أعطاه لنفسه »

وقد تقوم العلاقة التبادلية على غير عقد أصلاً ، فيقوم الارتباط على أسسها جذا  
التبادل غير التعاقلى . فى القضية - وهى ليست بقصد - التزامات الفصول  
والالتزامات رب العمل هى التزامات متبادلة ، ومن ثم قام الارتباط فيما بينها  
ويجوز لكل من الطرفين أن يتمتع من تنفيذ التزاماته حتى يستوفى التزاماته  
الطرف الآخر (١) . وقد تنشأ العلاقة التبادلية من عقد ملزم لجانب واحد ،  
فتكون علاقة تبادلية تعاقلية . فى عقد الودعية يلتزم حافظ الودعية بردها إلى  
المودع ، وقد يترتب فى ذمة المودع التزام برد ما أنفق حافظ الودعية عليها  
من المصروفات أو بتحويل ما أصاب حافظ الودعية من الضرر بسبب  
الودعية . فى هذه الحالة تكون هناك علاقة تبادلية تعاقلية نشأ عنها التزامان  
مقابلان : التزام برد الودعية فى ذمة حافظ الودعية ، والتزام برد المصروفات  
أو بالتحويل عن الضرر فى ذمة المودع . ومن ثم يستطيع حافظ الودعية أن يجبر  
التزامه برد الودعية ، حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التحويل من المودع .  
ويلاحظ هنا أمران : ( أولهما ) أن عقد الودعية ليس مصدرأ إلا لأحد الالتزامين  
المقابلين وهو الالتزام بالرد فى ذمة حافظ الودعية ، أما الالتزام الآخر - وهو  
الالتزام برد المصروفات أو الالتزام بالتحويل - فصلده الأثر بلا سبب  
فى حالة المصروفات والعمل غير المشروع فى حالة التحويل . وهذا بخلاف العقد  
الملزم لجانبين ، فانه مصدر كل من الالتزامين المقابلين اللذين ينشأن عن هذا  
العقد . ومع ذلك فهناك تقابل واضح ، فى حالة الودعية ، ما بين الالتزامين  
المشار إليهما ، مما حل الفقهاء على القول بأن هناك علاقة تبادلية نشأ عنها الالتزامان  
المقابلان ، فالارتباط فيما بينهما ارتباط قانونى (٢) . ( والأمر الثانى ) أنه إذا

---

= الآخر لم يرد إليه ماله منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد طبقاً لقواعد العامة المقررة فى حق  
المجهول . وقد حلف هذا القس فى جلسة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ هو مجرد تطبيق للحق  
فى المجهول ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢١ ) .

(١) ومن العلاقات التبادلية التى لا تقوم على عقد أصلاً علاقة الول أو القرض أو القيم  
بالمجهول بعد انتهاء المجرى ، فيكون على الول أو القرض أو القيم أن يرد المجهول ماله مع  
من ماله على أن يسترد ما أنفق من مصروفات ، ومن ثم يجوز له حبس المالك حتى يسترد  
المصروفات ( بلاكوردوير وآسبان ٦ فقرة ٤٤٩ - الأستاذ إسحاق غانم فى أحكام الالتزام  
فقرة ١٣٩ ص ١٩٢ ) .

(٢) ويصح أن العلاقة التبادلية ما بين الالتزامين فى العقد الملزم لجانب واحد على النظر =

كان الارتباط هنا ارتباطاً قانونياً ، فهو أيضاً ارتباط موضوعي إذ نشأ الالتزام  
الوحد برد المصروفات أو بالتعويض بمناسبة الشيء المحبوس وهو الرديئة ،  
كما سنرى في الارتباط الموضوعي ، وننتقل الآن إليه <sup>(١)</sup> .

فالارتباط الموضوعي أو للمادى ينشأ لا عن علاقة تبادلية ما بين الدينين ،  
بل عن واقعة مادية هي أن الشيء المحبوس - والالتزام برده هو أحد الدينين - قد  
نشأ بمناسبة ومرتبطة به (à l'occasion et en connexité) <sup>(٢)</sup> الدين الآخر .  
فلما نشأ ، إذا لم تكن بينه وبين المالك أية علاقة غير الحيازة ، ملزم برد الشيء  
الذي في حيازته إلى المالك . وقد يصح دائماً للمالك - بمناسبة هذا الشيء - وهذه  
واقعة مادية - بالمصروفات التي أنفقها على الشيء - أو بالتعويض عن الضرر الذي  
أصابه من الشيء . ومن هنا وجد الارتباط للمادى أو الموضوعي ما بين الدينين ، فسحق  
الحائز قد نجح عن الشيء ذاته الذي يجب عليه رده (debitum cum re junctum) ،

بشكل الالتزام مصدر مستقل ، وكان من الممكن أن يوجد أي التزام منهما دون أن يوجد الالتزام  
الأخر . والظاهر في الارتباط هنا أن يكون ارتباطاً موضوعياً أو مادياً ، لا ارتباطاً قانونياً  
أو تبادلياً .

(١) والارتباط الموضوعي هنا أكثر وضوحاً وبروزاً من الارتباط للقانون كما سبق القول .  
انظر في الأحوال التي يتحقق فيها الارتباط القانوني والارتباط المادي معاً : الأستاذ إسحاق خانم  
في أحكام الالتزام بقرة ١٤٠ ص ١٩٤ ، وقد أورد ضمن هذه الأحوال حالتى الوكالة والمقولة .  
ولكن بلاسط أن كلا من هاتين المقولين ملزم للجانبين ، وأن التزامات كل من المؤكل والمؤكل  
مصفوحا عقد الوكالة ، كما أن التزامات كل من المقاول ورب العمل مصدورها عقد المقولة ،  
فالعلاقة تبادلية بارزة في هاتين الحالتين ، ومن ثم يكون الارتباط للقانون أو التبادل أكثر  
وضوحاً فیهما من الارتباط للمادى أو الموضوعي .

(٢) هذه العبارة للفرنسية أدق في أمثلة المعنى من العبارة التي وردت في النص العربي السابقة ٢٤٦  
بقرة أول من التفتين المدعى الجديد وقد جاءت حل الفرجة الآتي : « ... ما دام فنان لم يمرض  
لغرضه بالالتزام مرتب عليه بسبب التزام الدين ومربط به » . فالعبارة العربية توهم أن أحد  
الالتزامين هو سبب التزام الآخر ، والصحيح أن أحد الالتزامين قد نشأ بمناسبة الالتزام الآخر .  
وقد كانت العبارة الفرنسية المتقدمة الذكر هي المستعملة في المشروع النهائي لصحة الفرنسي ،  
وبين النص العربي المشروع النهائي بعبارة غير الدقيقة ، التي انتقلت منه إلى النص النهائي للفتين  
الجديد . ثم ترجم هذا النص النهائي غير الدقيق إلى اللغة الفرنسية ، فاستبدلت ببساطة  
« à l'occasion » بعبارة « ayant un rapport de causalité » ، وبذلك انتقل الصريح  
من النص العربي إلى نص الفرنسي ، وبعد أن كان النص العربي وحده هو المراد ، شغل الصبي  
كل من النص العربي والنص الفرنسي ( انظر في هذا المعنى الأستاذ إسحاق خانم في أحكام الالتزام  
بقرة ١٢٨ ص ١٩٠ عاملين رقم ٢ ) .

ومن ثم جاز له أن يجبس هذا الشيء حتى يسترد المصروفات أو يظاننى التصويض<sup>(١)</sup>.

أما إذا لم يتم ما بين الدينين ارتباط قانونى أو ارتباط مادى ، فقد انحط الشرط الثانى للحق فى الجبس ، ولم يجر الدائن استعمال هذا الحق . ويجوز وجود التزامين متقابلين بين شخصين ، كل منهما دائن للآخر ومدين له ، لا يكتفى لوجود ارتباط ما بين هذين الالتزامين كما قلنا ، وإن كان هنا ميل عند بعض الفقهاء لقول بأن هذا كاف<sup>(٢)</sup> ، وأن التقابل ما بين الدينين لا الرابطة بينهما هو الذى تقف عنده لإعطاء الدائن الحق فى الجبس ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(١) ولتعزيز بين الارتباط القانونى والارتباط المادى أهمية من وجهين : (١) فى الارتباط المادى — فى صورة استرداد المصروفات — يمتنع بالحق فى الجبس حتى على الغير الذى ثبت حقه قبل إنفاذ المصروفات ، لأن المصروفات قد أفادت الشيء ذاته فأفادت تباً لذلك كل من يطالب باسترداده . أما فى الارتباط القانونى وفى الصور الأخرى للارتباط المادى فلا يمتنع بالحق فى الجبس على الغير الذى ثبت حقه قبل . ثبت هذا الحق . (٢) فى الارتباط المادى يقتصر الجبس على الشيء ذاته الذى أفادت عليه المصروفات أو لفادته الفرض . أما فى الارتباط القانونى فيحصل الجبس جميع الالتزامات التى على الدائن مادام مترتبة بالالتزامات المدين ، وقد أوردت المادة ٩٠٢ من المشروع النهدي — وهذا النص قد حلف فى لجنة المراجعة اكتفاء بالتقواعد العامة فى الجبس — تطبيقاً لهذا الحكم فى هذه المفاصلة ، إذ نصت على أنه : « إذا كان العمل مصلحاً يفتقر ولم يمه أجل لدفع الأجر ، جاز للدين أن يجبس هذا الموقوف وغيره من الأشياء التى يكون رب العمل قد سلمها إليه لإجراء العمل ، وذلك إلى أن يستوفى أجره » . وإذا اجتمع التومان من الارتباط كما فى الرديئة ، جاز للدائن أن يستند إلى كل منها فيما يتعلق بمصلحه ، فيجوز لحافظ الرديئة أن يستند إلى الارتباط المادى ليحجب عنه على الغير الذى ثبت حقه على الرديئة قبل إنفاذ المصروفات ، وأن يستند إلى الارتباط القانونى ليجبس كل ما فى يده المدوع ولو لم يرتبط ارتباطاً مادياً بحقه .

انظر فى ذلك : كاسان فى تعليقه فى مجر ١٩٢٢ — ٢ — ٢٥ — الأسعلا إسماعيل خاتم فى أحكام الالتزام فقرة ١٤١ .

(٢) ويرفرز بهذه الأسئلة كولان وكايتان وهى لأمورالديور . ويستندون إلى نص المادة ١٢٩٢ من المقتنين المدنى الفرنسي ، ومن يقتضى بأنه لا يمتنع بالمقتضى فى استرداد المالك لذلك إذا كان هذا المالك قد انصببته دون حق ، ولا فى استرداده الرديئة أو العربة . ويرفرزون أن هذا النص إنما يستلزم إذا لم يستلزم المقتضى على أنها الحق فى الجبس ، فلا يمتنع الجبس من المصنوع ملك الغير ولا من أوتن على رديئة أو عربة ، بل يجب على كل من المصنوع وحافظ الرديئة والمصنوع أن يرد المالك ملكه فوراً ثم يطالب به ذلك بما له من الحقوق معه .

على أنه إذا لم يتم بين الدينين ارتباط قانوني أو ارتباط مادي على النحو الذي بسطناه ، فقد يخلق الاتفاق بين الطرفين هذا الارتباط ، فيعتقدان على أن الالتزامات المتضاربة فيما بينهما يجمعها كلها حساب جار غير قابل للتجزئة ، فترتبط التزامات كل منهما بالتزامات الآخر ، ويجوز عندئذ لأى منهما أن يجبس ما في ذمته من التزامات للآخر حتى يستوفى ما له من حقوق عنده . ولكن لما كان مثل هذا الاتفاق أثره مقصور على الطرفين ، فإنه لا يسرى في حق الغير . وكما يخلق الاتفاق الارتباط ما بين الدينين ، فقد يخلق هذا الارتباط أيضاً نص في القانون . وقد قضت المادة ٣٦٩ من التفتين التجارى الألمانى والمادة ٨٩٥ فقرة ثانية من التفتين الملقى السويسرى بقيام ارتباط ما بين الالتزامات التجارية المتضاربة فيما بين التاجرين .

٦٤ - كيف يستعمل الدائن الحق في الحبس عند توافر شرطه :  
واستعمال الدائن الحق في الحبس ، عند توافر الشرطين اللذين تقدم ذكرهما ، لا يقتضى إعلالاً ولا الحصول على ترخيص من القضاء . بل أن الدائن يقف تنفيذ التزامه نحو مدينه فعلاً ، وليس من الضروري أن يعرض على المدين تنفيذ هذا الالتزام نحو مدينه حقيقياً ، وإنما يقتصر على وقف التنفيذ . فإذا قاضاه مدينه ، وضع الأمر كله تحت نظر القضاء ، ويطلب أن يحكم على الدائن بتنفيذ التزامه نحو المدين بشرط أن يغفل المدين للزامه نحوه . وإذا تطلبت معرفة من هو البادىء في عدم التنفيذ جاز للقاضى أن يحكم على كل منهما بإيداع ما ألزم به خزنة المحكمة أو عند أمين<sup>(١)</sup> .

على أنه لا يجوز للدائن أن يتصرف في استعمال حقه في الحبس . فلا يصح أن يستملك بهوى أن حقه في ذمة مدينه لم يغفل تنفيذاً كاملاً أو غفل تنفيذاً معيناً ،

— ويستعملون من ذلك أنه فيما عدا هذه الحالات — الحبس والرهينة والبارجة — يجوز الحبس من أن يكون هناك ارتباط فيما بين الدينين ، ويمكن أن يكون هناك ديتان متقابلان ، فالحرفان فيما كل منهما دائن للآخر ومدين له ، حتى يقوم الحق في الحبس ( كولان وكايتان وهى لاورانتير ٢ لفرقة ١٤٨٢ ص ٩٢٦ هامش رقم ٢ — قانون أنسيكلوبيسى هالوز ٤ لقبظ Réation لفرقة ٣٦ ) .

(١) بلافول وديور وأسان ٦ لفرقة ٤٥٥ — لفرقة ٤٥٦ .

ثم يبين أن الجزء الذي لم يغد قائم إلى حد لا يعتد به أو أن العيب في التنفيذ أمر غير ذي خطر<sup>(١)</sup>. ولا يصح كذلك للدين أن يستعمل الحق في الحبس، إذا كان هو المتسبب بنشأه أو بإعماله في عدم تنفيذ الدين لالتزامه نحوه. كما لا يصح للدين أن يستعمل الحق في الحبس إذا كان هو البادئ في عدم تنفيذ التزامه، فحبس المدين من أجل ذلك ما في ذمته من التزام. كذلك لا يصح للدين أن يحبس لمدينه ديناً خالياً من النزاع مستحق الأداء حتى يستوفى منه ديناً لا يزال محل نزاع بينهما، فلا يجوز للمستأجر أن يحبس الأجرة حتى يقوم المأجور بترميمات يتنازع في أنها واجبة عليه، ولا يجوز لشركة النور أن تقطع التيار عن المشترك حتى يقوم ببلغ زيادة في الاشتراك هي محل تقاض بينهما ولم يته القضاء من الفصل فيها<sup>(٢)</sup>.

## المبحث الثاني

### تطبيقات على الحق في الحبس

#### ٦٤٥ - تطبيقات منصوص عليها في القانون وتطبيقات غير منصوص

عليها - ندره التطبيقات الأولى: بعد أن وضع التفتين للمنفذ الجديد قاعدة عامة للحق في الحبس على النحو الذي بسطناه، اجتزأ بجله القاعدة عن التطبيق في إيراد تطبيقات لهذا النوع، خلافاً للتفتين المنفذ السابق الذي احصر كما رأينا الحبس حقاً عينياً فأورد جميع حالاته على سبيل المحصر.

ومع ذلك فقد أورد التفتين للمنفذ الجديد بعض تطبيقات في نصوص متفرقة، نستعرضها هنا، ثم ننتقل بعد ذلك إلى تطبيقات غير منصوص عليها بعد أن أصبح الحق في الحبس قاعدة عامة لا تحتاج تطبيقاته إلى نصوص خاصة.

(١) انظر للمذكرة الإيضاحية المشروع انتهى به الخامسة بالسادة ١٦١ مدق في مجموعة الأعمال التصنيقية ٣ ص ٣٣٣. وانظر أيضاً فقرة ٦٤٢.

(٢) بلايول وروبير وآسيان ٦ فقرة ٤٥٤ ص ٦٠٩ وحلش رقم ٤ - نفس فرنس ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ جازيت دي باليه ١٩٢٥ - ١٠٨ - ١٠٨. وانظر أيضاً فقرة ٦٤٢ في الملحق.

وفي كل طائفة من هذه التطبيقات - المنصوص عليها وغير المنصوص -  
عيز بين تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي ، وأخرى تقوم على  
الارتباط المادي أو الموضوعي<sup>(١)</sup> .

## المطلب الأول

تطبيقات منصوص عليها في القانون

### ١٥ - تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي

٦٤٦ - مبدأ الرفع بعزم تنفيذ المقرر : أم المنصوص التي تورد  
تطبيقاً للحق في الحبس هو النص الذي يقرر مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد  
(*exceptio non adimpleti contractus*) ، فليس هذا المبدأ إلا تطبيقاً من  
تطبيقات الحق في الحبس كما سبق القول . وقد نصت المادة ١٦١ من التقنين  
المللي على أنه «في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتبادلة مستحقة  
الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم التعاقد  
الأخر ، تنفيذ ما التزم به» .

وقد سبق أن تبسطنا في شرح هذا المبدأ في الجزء الأول من هذا الوسيط ،  
فنكتفي بالإحالة إلى ذلك<sup>(٢)</sup> ، وننتقل الآن إلى المنصوص التي وردت في التقنين  
المللي كتطبيقات خاصة لهذا المبدأ .

٦٤٧ - من البائع في حبس المبيع : نصت المادة ٤٥٩ من التقنين  
المللي على أنه ١ - إذا كان الثمن كله أو بعضه يستحق الدفع في الحال ، للبائع

---

(١) انظر الدكتور صلاح الدين التامي في الاستنتاج المشروع من الفقرة ٢٤١ -  
فقرة ٣٢٣ (في التطبيقات التي تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي) وفقرة ٣٢٤ -  
فقرة ٣٣٩ (في التطبيقات التي تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي) .  
(٢) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٩٢ - فقرة ٥٠٣ - وانظر : استئناف مخطط ١٧ أبريل  
سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٥٨ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٤٣ - ١٨ يناير سنة ١٩١٧  
م ٢٩ ص ١٧٠ - ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٠٤ - ٥ يوليو سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ٣٥٨ .



أن يحبس المبيع حتى يسعوف ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة ،  
هنا ما لم يمنح البائع للمشتري أجلاً بعد البيع . ٢ - وكذلك يجوز للبائع أن  
يحبس المبيع ولو لم يعمل الأجل المشروط لرفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل  
طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ . ونصت المادة ٤٦٠ على أنه : « إذا ملك المبيع في يد  
البائع وهو حابس له ، كان الملاك على المشتري ، ما لم يكن المبيع قد ملك بفعل  
البائع » . وفي هذه الخصوص تطبق عام الحق في الحبس متمثلاً في الدفع بعدم  
تنفيذ العقد . فهناك ديتان متقابلتان قابلا تبادلياً ، ديتان البائع في تسليم المبيع  
المشتري وديتان المشتري في دفع الثمن البائع . وديتان المشتري ديتان حال - أو  
كان مؤجلاً ثم سقط الأجل فأصبح حالاً - فيكون البائع حابس المبيع حتى  
يسعوف الثمن . ولهذا بخلاف ما إذا كان الثمن حالاً ثم منح البائع للمشتري أجلاً  
بعد البيع ، فيفرض القانون أن البائع يمنحه للمشتري هذا الأجل قد نزل عن حقه  
في الحبس ، فيسقط حقه في حبس المبيع ، إلا إذا اشترط غير ذلك ، وعليه هو  
يقع عبء إثبات ما اشترط (١) .

وفي هذا التطبيق التام ، خرج المشرع على الأصل الذي سنراه يقرره في الحق  
في الحبس بوجه عام ، فلم يجوز للمشتري أن يسقط حق البائع في حبس المبيع إذا  
هو قدم رهناً أو كفالة ، وذلك لاحتياجات خاصة بالبيع ، فإن المبيع نفسه مقل  
بامتياز البائع ، فليس البائع في حاجة إلى مزيد من الضمان ، وإنما هو في حاجة  
إلى استيفاء حقه .

ونرى أيضاً في هذا التطبيق الخاص أن المشرع قد أورد حكماً من أحكام  
الحق في الحبس هو الحكم للتعلق بهلاك الشيء المحبوس في يد الحابس ، فإن كان  
الملاك بفعله كان مسؤولاً عن التعويض ، وإن كان بسبب أجنبي فهو على المالك ،  
ولذلك هو المشتري (٢) .

٦٤٨ - من المشتري في حبس الثمن : نصت المادة ٤٥٧ من القانون  
المدني على أنه ١ - يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ،

(١) انظر آتياً فقرة ٦٤٢ في المبحث .

(٢) نلاحظ أن للملكية هي المصلحة إلى المشتري بالبائع . فإن كان المبيع حَقراً ولم يسبق عند  
البيع ، فالمشتري وإن لم يملك إليه الملكية بجبر في حكم المالك ، ويكون للمالك طه .

(م ٢٢ القويط - ٢٤)

ما لم يوجد اتفاق أو حرف يقضى بغير ذلك . ٢ - فإذا تعرض أحد المشتري مستقلاً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري ، جاز له ، ما لم يمنعه شرط في العقد ، أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز البائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً . ٣ - ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في البيع . وهذا تطبيق آخر للحق في الحبس بمتنلاً في البيع بعدم تنفيذ العقد . ونرى فيه المشتري ، وهو مدعى بالثمن والدين حال ، يتعرض له أجنبي مستقلاً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو يخشى هو على المبيع أن ينزع من يده لأسباب جلية ، أو يكشف عن عيب في المبيع . في كل هذه الأحوال يكون البائع ملزماً بالضمان ، فيجب عليه أن يمنع التعرض أو يزيل الخطر أو يعرض عن العيب . فهذا دين في ذمة البائع قد أصبح مستحق الأداء ، يقابله ويرتبط به ارتباطاً تبادلياً الدين الذي في ذمة المشتري بدفع الثمن . فيجوز إذن للمشتري أن يحبس الثمن حتى يستوفى حقه من البائع ، أي حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر أو يتقاضى المشتري تعويضاً عن العيب .

ويلاحظ هنا أن الشيء المحبوس ليس شيئاً معيناً بالذات مملوكة للطرف الآخر ، بل هو دين في ذمة الخاسر نفسه ينتج عن أدائه (١) .

ويلاحظ أيضاً أن للشرع هنا رجوع إلى تطبيق القواعد العامة في الحبس ، عند ما أجاز البائع أن يسقط حق المشتري في حبس الثمن إذا هو قدم كفيلاً .

## ٦٤٩ - من المستأجر في حبس العين المؤجرة في مواجهة كل من

المؤجر والمشتري للعين : نصت المادة ٦٠٥ من القانون المدني على أنه ١٥ - لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الإيجار نافلاً في حقه أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد تنبيه عليه بذلك في المواقف المبينة في المادة ٥٦٣ . ٢ - فإذا تبين على المستأجر بالإخلاء قبل انقضاء الإيجار ، فإن المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضاً ما لم يتفق على غير ذلك ، ولا يجبر المستأجر

(١) مسكنات ضبط ٢٢ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠٠ ص ٢٤٧ - ٦ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٤١٢ ص ٤٤٣ - ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٧ .

على الإخلال إلا بعد أن يتقاضى المصروف من المؤجر أو من انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر أو بعد أن يحصل على تأمين كاف لوفاء بهذا المصروف . وهذا تطبيق ثالث للحق في الحبس متمثلاً أيضاً في البيع بعدم تنفيذ العقد . فذلك أن المؤجر قد ألزم بقصد الإيجار أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طول مدة الإيجار ، وقد أغل بالتزامه بأن باع العين إلى مشتر لا يخلد الإيجار في حقه ، فوجب عليه المصروف للمستأجر بموجب عقد الإيجار نفسه . فهنا إذن ديتان متقابلتان مرتبطتان فيما بينهما لأنها نشأت معاً من عقد الإيجار على وجه التبادل ؛ دين المؤجر أن يدفع تمويضاً للمستأجر لإخلاله بالتزامه ، ودين المستأجر أن يرد العين للمؤجر أو غلته للمشتري . فيجوز إذن للمستأجر أن يجلس العين حتى يسرق المصروف . وهذا الحق في الحبس ليس نافلاً فحسب في حق للمؤجر ، بل هو نافذ أيضاً في حق لتلفلت التماس للمؤجر وهو المشتري لعين المؤجرة <sup>(١)</sup> . فيجوز إذن للمستأجر أن يبقى حائزاً لعين المؤجرة حتى في مواجهة المشتري ، إلى أن يسرق المصروف إما من المؤجر ، وإما من المشتري نفسه نيابة عن المؤجر إذا أراد المشتري أن يتعجل تسليم العين التي اشتراها <sup>(٢)</sup> .

وهنا أيضاً يطبق المشرع القواعد العامة في الحبس ، عندما يسقط حق المستأجر في حبس العين إذا هو حصل ، من المؤجر أو من المشتري ، على تأمين كاف لوفاء بالتعويض المستحق له .

(١) ولكننا سنرى أن الحق في الحبس لا يمتنع به على المالك الخامس لما كان حق هذا المالك قد ثبت على عين قبل ثبوت الحق في الحبس . ولما كان المشتري لعين المؤجرة حائزاً أساساً للمؤجر ثبت حقه على العين قبل ثبوت الحق في الحبس — لأن حق المستأجر في المصروف لم يمتنع إلا بعد فسخ الإيجار بالبيع ، فحق المشتري على العين ففادت ببقاء البيع سابق على حق المستأجر في الحبس — فلهذا كان الواجب ، طبقاً لقواعد العامة ، ألا يمتنع للمستأجر بصفته في الحبس على المشتري ، وأما يمتنع به على المؤجر وحده . ولكن نصاً خاصاً في القانون — المادة ٥٦٣ سابقة الذكر — هو الذي جعل الحق في الحبس هنا نافلاً لاستثناء في حق المشتري . ويذهب جوسران ( ج ٢ ، ق ١٤٦٩ ) إلى أن الحق في الحبس يجوز الاحتجاج به على المالك الخامس ولو كان حقه عطفاً على الحق في الحبس ، ومن ثم يجعل نافلاً حق المستأجر في حبس عين المؤجرة على المشتري مجرد تطبيق هذه القاعدة ، لا استثناء منها بقدر ينص عليه .

(٢) ويرجع المشتري على المؤجر بما دفعه من تمويض للمستأجر ، إذا كان غللاً المرجوع مغطى في المدة ما بين المشتري والمؤجر .

٦٥٠ - من المستأجر في عيبين لا يستفيد ما يستحق من

التعويض بسبب انتهاء الإيجار قبل انقضاء مده : نصت المادة ٦٠٨ من القانون المدني على أنه : ١- إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مده إذا جلت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سيره مرفقاً ، على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة ٥٦٣ ، وعلى أن يوضع للطرف الآخر تعويضاً عادلاً . ٢- فإذا كان المؤجر هو الذي يطلب إنهاء العقد ، فلا يجبر المستأجر على رد العين للمؤجرة حتى يستوفى التعويض أو يحصل على تأمين كافٍ . وهذا هو أيضاً تطبيق تشريعي للحق في الحبس . والبيانان المتقابلان القائمان على علاقة تبادلية هما : دين المؤجر في إعطائه تعويض للمستأجر لإنهاء عقد الإيجار قبل انقضاء مده ، ودين المستأجر في رد العين إلى المؤجر . فالمستأجر إذن أن يحبس العين للمؤجرة حتى يستوفى حقه في التعويض ، أو حتى يحصل على تأمين كافٍ لوفاء بهذا الحق . وليس هذا إلا مجرد تطبيق لأحكام الحبس .

٥ ٢ - تطبيقات تقوم على الارتباط للمادى أو الموضوعى

٦٥١ - من الفائز في عيبين لا يسترد ما أخفق عليها من

المصروفات : نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ من القانون المدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : « ويكون ذلك (أي الامتناع عن الوفاء) بوجه خاص لحائز الشيء أو محرمه ، إذا هو أخفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يتمتع من رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع » . وهذا هو التطبيق الرئيسي للحق في الحبس القائم على الارتباط للمادى أو الموضوعى .

ويجب الرجوع ، في تحديد البينين المتقابلين في هذا التطبيق ، إلى الفترتين الأولى والثانية من المادة ٩٨٠ ، فقد نصتا على ما يأتي : ١- « حل المالك للشيء رد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أخفق مع المصروفات الضرورية . ٢- أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المادتين ٩٢٥ و ٩٢٥ » .

وحالتان اللذان المشار إليهما في آخر الفقرة الثانية تميزان بين ما إذا كان الحائز الذي أنفق مصروفات نافعة على العين التي حازها كان حسن النية ، أم كان يعتقد عند ما أنفق هذه المصروفات أن العين مملوكة له ، أو سوء النية . فإذا كان حسن النية ، كان له أن يزرع ما أحسسه في العين أو يتيقنه ، ويغير المالك في حيلة الإبقاء بين أن يرد الحائز المصروفات التي أنفقها أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٢٥ فقرة أولى مدني) . أما إذا كان سوء النية ، فللمالك أن يطلب إزالة ما أحسسه الحائز في العين على نفقة الحائز مع التصريح إن كان له وجه ، أو أن يستبقه ويغير في هذه الحالة بين دفع قيمة مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٢٤ فقرة أولى مدني) . ويزى مع ذلك أن الحائز<sup>(١)</sup>، إذا أنفق مصروفات ضرورية على العين ، كان له أن يستردّها جميعاً من المالك ، سواء كان هو حسن النية أو سيئاً . وإذا أنفق مصروفات نافعة ، فإن كان حسن النية ، كان على المالك أن يرد له أكل القيمتين : مقدار هذه المصروفات أو الزيادة في ثمن العين بسببها . وإن كان سوء النية ، كان على المالك أن يرد له أكل القيمتين ، أي زيادة في ثمن العين بسبب المصروفات أو قيمة ما استحدث في العين مستحق الإزالة . ففى جميع الأحوال يكون هناك دينان متقابلان : (١) دين على المالك للحائز هو رد قيمة من القيمة سابقة الذكر في نظير ما أنفق الحائز من مصروفات على العين<sup>(٢)</sup> . ومصدر هذا الدين هو الإثراء بلا سبب . (٢) دين على الحائز للمالك هو رد العين إليه ، ومصدر هذا الدين قد يكون الإثراء بلا سبب لأن الحائز يثرى على حساب المالك لو استبقى العين ، وقد يكون العقد كما في حيلة اللذان المرتين للعين التي ارتبها رهن حيابة فانه يجب عليه ردها للمالك بموجب عقد الرهن ،

(١) والماتز يجب أن يهتم بمنى واسع : فهو الماتز الذي يدفع به على العين كالك (possesseur) ، والمحرز الذي يحوز العين حيابة مادية (détenteur) دون أن يدفع به كالك وذلك كالمتأجر والمصير وسلطان الرعية واللذان المرتين رهن حيابة . وقد صرحته الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ بملك حين نالته : « ... لحائز العين أو محرزه ... » .

(٢) هنا ما لم يكن الحائز حسن نية قد انقطع زرع ما استحدثه (م ٩٢٥ فقرة أولى) ، أو انقطع المالك لتملكه العين للماتز حسن نية نظير تصريحي مائل (م ٩٢٥ فقرة ٢) ، وما لم يكن المالك قد طلب من الحائز نية إزالة ما استحدثه (م ٩٢٤ فقرة أولى) ، أو طلب الحائز سوء نية زرع ما استحدثه ولم يقرر المالك استيفاءه (م ٩٢٤ فقرة ٢) .

وقد يكون الفصل غير المشروع كما لو احتسب الحائز العين من مالكها أو ممتلكها أو استولى عليها وهي ضائعة ، وقد يكون القانون كما في حيلة الوصي لأحيان التنازل عنه يجب عليه ردّها عند انتهاء الوصاية بحكم القانون . ففي هذه الأحوال - كما حالة ما إذا كان التزام الحائز بالردّ تلقائياً عن عمل غير مشروع كما سبق القول - توافر شروط نفوذ الحق في الحبس ، إذ يوجد ديتان متقابلان ، وهما مرتبطان أحدهما بالآخر ، فالذين يردّ المصروفات قد نشأ بمقتضى العين الواجبة الرد . فيجوز إذن للحائز أن يحبس العين حتى يسترد المصروفات على النحو الذي تقدم ذكره<sup>(١)</sup> .

وقد قام خلاف ، في عهد التفتين المثلث السابق ، فيها إذا كان الحائز سيء النية له الحق في حبس العين<sup>(٢)</sup> . فحسم التفتين المثلث الجديد هذا التخلّاف ،

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٦٠١ .  
(٢) وكان الرأي القاضح هو أن الحائز سيء النية الحق في حبس العين (استئناف صر ٢٦ مايو سنة ١٩٢٢ الجلسة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ - قنا الكلية ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٧ الجلسة ٨ رقم ٣٥١ ص ٥٣٥ - الإسكندرية الكلية الوطنية ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ الجلسة ١١ رقم ٢٢٣ ص ٢٤٩) . انظر عكس ذلك وأن الحائز سيء النية ليس له الحق في الحبس : استئناف أسيوط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ الجلسة ٩ رقم ٢٢٤ ص ٣٩٩ .

أما في فرنسا فالتفهم من لا يجعل الحق في الحبس إلا للحائز حسن النية ، فيذكر هذا الحق على الحائز سيء النية ، متعمداً في ذلك أثر القانون الروماني وتقاليد القانون الفرنسي القديم (كوليه ٣ ققرة ١٣٠ - ديرانتون ٤ ققرة ٢٨٢ - ترولونج ١ ققرة ٢٦٠ - جيلارد في حق الحبس ققرة ٧١) . ومن التفهم من يجعل الحق في الحبس للحائز حسن النية والحائز سيء النية على السواء (ديرلوسب ١ ققرة ٦٨٢ - بيان ١ ققرة ٢٥٠ - بلانجيل ٢ ققرة ٢٥٢) . ومنه التفهم الذين لا يكتفون بقيام الارتباط ما بين التفتين لإثبات الحق في الحبس ، بل يشترطون فوق ذلك أصلاً مشتركاً للتفتين ، لا يجوز استعمال الحق في الحبس إلا للحائز سيء النية ولا للحائز حسن النية (أوبري وود ٣ ققرة ٢٥٦ مكررة - لوران ٩ ققرة ١٨١ وما بعدها ٢٩٩ ققرة ٢٩٨ - بوردو وودو ققرة ٣٦٧) . أما التفهم الفرنسي فيذكر الحق في الحبس على الحائز سيء النية ، ولا يجعل هذا الحق إلا للحائز حسن النية (نفس الفرنسي ٢٥ مايو سنة ١٨٥٢ مكلوز ٥٢-١-٢٧٩-٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٢ مكلوز ٧٤-١-٢٤١-١٣ يوليو سنة ١٩٠٢ ص ١٩٠٤-١-٢٢) . ويقتض جوسران هذا التفهم ، فيقول : إما ألا يعطى الحائز سيء النية تعويضاً أصلاً ، وإما أن يعطى تعويضاً فيكون له الحق في الحبس لفيتان هذا التعويض ، وليس سبباً أن يكون الحائز سيء النية شخصاً ثلثه لثقة ، فالشاهد للذين والمشارك في الشروع كليهما حائز سيء النية ، وسواء كان الحائز حسن النية أو سيئاً فالارتباط هو قائم ما بين التفتين (جوسران ٢ ققرة ١٤٧٥) .

لذا أعطى الحق في الحبس الحاضر مطلقاً ، حسن النية كأن لو سيء النية ، وإن يكن التعويض المستحق للحاضر سيء النية أقل من التعويض المستحق للحاضر حسن النية على الوجه الذي تقدم بيانه .

هذا وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٨٠ من القانون المدني على ما يأتي :  
« وإذا كانت المصروفات كالية ، فليس الحاضر أن يطالب بشيء منها ، ومع ذلك يجوز له أن يزعم ما استعمله مع منشآت على أن يبعد الشيء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اضطر المالك أن يسبقها بمقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة . ونرى من ذلك النص أن الحاضر ، سواء كان حسن النية أو سيئها ، إذا أنفق مصروفات كالية ، فليس له أن يطالب بها تعويضاً . وليس له إلا أن يزعم ما استعمله من منشآت على نفقته ، على أن يبعد الشيء إلى حالته الأولى ، وإن نظر ذلك فعليه أن يدفع تعويضاً عما أحدثه من الضرر . والمالك أن يزعم ما استعمله على نفقته ، مع إعادة الشيء إلى حالته الأولى والتعويض إن كان له مقتضى . والمالك أيضاً أن يسبق ما استعمله الحاضر ، وعند ذلك يلتزم بدفع قيمة مستحق الإزالة . ونرى - وإن كانت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ لم تتناول نصاً هذه الحالة - أن المالك إذا سبق ما استعمله الحاضر في مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة ، كان الارتباط للمالكي قائماً ما بين الدينين المتقابلين ، وجاز للحاضر أن يحبس العين حتى يستوفى من المالك حقه . وليس هذا إلا تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ ، وإذا كانت الفقرة الثانية من هذه المادة لم تتناول هذه الحالة ، فذلك لأنه يطلب في المصروفات الكالية أن تزعم أو أن تترك دون تعويض ، فلم يعرض لها النص كما عرض للمصروفات الضرورية والمصروفات المتأخرة <sup>(١)</sup> .

---

(١) وقد نصت المادة ٩٨١ من القانون المدني على أنه : « إذا تلقى شخص الميزة من مالك أو حاضر سابق ، واثبت أنه أدى إلى سلفه ما أتفق من مصروفات ، وإن له أن يطالب بها للستره . ويعترض هذا النص أن الحاضر الحالي ليس هو نفسه قائم أنفق المصروفات ، بل قائم أطلقها هو نفسه فقتل أو الحاضر السابق الذي انقضت عنه إليه الميزة ، فله أن يسترد - على النص الذين فيما سلف - من المالك الحقيقي عندما يسترد هذا ملكه . وهذه يجوز لحاضر الحالي أن يحبس العين حتى يستوفى حقه من السلف ، تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ .

ونصت المادة ٩٨٢ من القانون المدني على أنه : يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً لوفاء بالمصروفات المتضمنة طلباً في المدينين السابقين ، وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة... فإذا قضت المحكمة بأن يكون الوفاء على أقساط دورية ، فقد أصبح الدين غير حال ، ويترتب على عدم حلول الدين أن يفقد الدين حقه في حبس الدين ، لأنه لا يجوز له الحبس إلا في دين حال كما قلنا . وغازق القسطنطيني المنوخ من القانون الأجل الذي يمنحه القاضي في الحالات العادية (مادة ١٢٧٠) - وهذا الأجل الأخير لا يمنع من الحبس كما رأينا - في أن يفرض المقصود بالقسطنطيني هو ألا يرضى المالك بدفع مبلغ جسيم من المال دفعة واحدة ، فليست عليه التمسك بيسيراً له ، وليس من التيسير أن يحرم من ملكه ويمنح الحائز حائساً له حتى يستوفى القسط الأخير . على أن النص يقضى بأن هذا القسطنطيني الذي يمنحه القاضي مشروط بتقديم الضمانات اللازمة ، وقد رأينا أن القواعد العامة لحبس القسطنطيني لا تنطبق عليه إذا قلنا هذه الضمانات . فلذلك إذاً أن يسترد ملكه من الحائز ، إما لأن الدين الذي في ذمته غير حال ، وإما لأنه يكون قد قدم ضمانات كافية لوفاء بهذا الدين .

٦٥٢ - من صاحب الملو في حبس السفلى بعد أنه يعيد بناءه :

ومنه حالة تقوم على فكرة أن المصروفات التي أنفقت كانت ضرورية ، لا في حفظ الشيء ، بل فيها هو أبعد مدى من ذلك : في إنشاء الشيء مرة أخرى . فإذا كان هناك بناء ، له صاحب الملو وصاحب السفلى ، وانهم ، ويجب أن يبدأ صاحب السفلى في إعادة بناء سفله ، حتى يتمكن صاحب الملو من إعادة بناء علوه . فإذا امتنع صاحب السفلى من إعادة بناء سفله ، وطلب صاحب الملو أن يعيد هو بناء السفلى ، جاز له أن يفعل ذلك على نفقة صاحب السفلى ، وله أن يحبس السفلى حتى يستوفى حقه من صاحبه . وقد نصت المادة ٨٦٠ من القانون المدني على هذا الحكم في المهارات الآتية : ١٥ - إذا انهم البناء وجب على صاحب السفلى أن يعيد بناء سفله . فإذا امتنع ، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفلى ، إلا إذا طلب صاحب الملو أن يعيد هو بناء السفلى على نفقة صاحبه . ٢ - وفي الحالة الأخيرة يجوز لصاحب الملو أن يمنع صاحب السفلى من السكنى



والاحتياط حتى يؤدى ما في ذمته ، ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن في إخراج  
السفل أو سكناه استيفاء لحقه .

ويلاحظ أن الحق في الحبس هنا قد يقترن ، بإذن من القاضي ، بأن يرفع  
الحابس بالعين المبهوسة أو بأن يستلها حتى يسعوى حقه من ثمرتها ، وهذا  
استثناء من القواعد العامة للحق في الحبس ، كما سنرى ، بعبارة ظروف الحالة  
التي نحن بصددنا .

### المطلب الثاني

تطبيقات غير منصوص عليها في القانون

٦٥٣ - تطبيقات تذكر لا على سبيل المحصر : ولما كانت القاعدة العامة  
في الحبس الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ قد أخذت المشرع في التطبيقين  
المذكورين الجليلين عن الإكثار من إيراد التطبيقات ، فقد انصرف هذا التطبيقين  
على التطبيقات التشريعية التي أسلفنا ذكرها ، وترك الباقي للقاعدة العامة .  
فنستعرض بعض تطبيقات لم يرد فيها نص فيمكن فيها بأعمال القاعدة العامة ،  
وغنى عن البيان أن هذه التطبيقات لا نذكرها هنا على سبيل المحصر ، إذ توجد  
تطبيقات أخرى كثيرة غيرها لا يمكن حصرها ، ويمكن فيها تطبيق القاعدة العامة  
في الحبس .

وترك جانباً حق الحبس في رهن الحيازة ، فهنا قد نظمته القانون (١) .  
وهو يختلف عن الحبس الذي نحن بصدده في أنه يقترن بحق معنى هو حق الرهن ،  
ومكان دراسة في الرهن الحيازي . كذلك ترك جانباً حقوق الامتياز التي تقوم  
على فكرة الرهن ، فترتب حقاً في الحبس مصحوباً بحق امتياز ، وذلك كحق  
امتياز المؤجر (٢) وحق امتياز صاحب التملك (٣) ، فهذه مكان دراستها في حقوق  
الامتياز .

(١) انظر بمرع عاصي للمادة ١١١٠ من التطبيقين المذكورين .

(٢) انظر للمادة ٥٨٩ و ١١٤٣ من التطبيقين المذكورين .

(٣) انظر للمادة ١١٤٤ من التطبيقين المذكورين .

ونميز هنا أيضاً ، كما فعلنا فيما تقدم ، بين تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو الجاهل وتطبيقات تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي .

## ١٥ - تطبيقات تقوم على الارتباط القانوني أو التبادلي

٦٥٤ - من المؤجر في عسى العين المؤجرة ومن المستأجر في عسى العبرة : في عقد الإيجار ، وهو عقد ملزم للجانبين ، إذا لم يستوف المؤجر الأجرة الحالة كان له أن يجبس العين المؤجرة حتى يستوفها<sup>(١)</sup> . وهذا تطبيق لمبدأ اللع بعم تطبيق العقد ، أي الحق في الحبس ، لم يرد فيه نص وليس في حاجة إليه . والذي يقف النظر عنده في هذا التطبيق أن العين المحبوسة هي ملك للذاتن الحابس ، فالمؤجر يجبس العين التي أجراها وهي في الكثرة الغالبة من الأحوال ملكه . وقد كان هذا التطبيق ، باعتباره تطبيقاً للحق في الحبس ، يبدو غير مستقيم في عهد التفتين المذني السابق الذي كان يعد حق الحبس حقاً عينياً ، إذ المالك لا يكون له حق عيني على ملك نفسه غير حق الملكية<sup>(٢)</sup> . أما في التفتين المذني الجديد ، حيث الحق في الحبس لا يعتبر حقاً عينياً بل هو مجرد دفع بعم التفتيل ، فالتطبيق مستساغ معقول .

كذلك للمستأجر ، لنفس الأسباب المتقدمة ، أن يجبس الأجرة حتى يتسلم العين المؤجرة ، إذا لم يكن مشروطاً بتجديد الأجرة قبل تسليم العين .

٦٥٥ - من المستأجر في عسى العين المؤجرة للتحسينات التي يستعملها : نصت المادة ٥٩٢ من التفتين المذني على أنه ١ - إذا أوجد المستأجر في العين المؤجرة بناء أو غراساً أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد في قيمة العقار ، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفق في هذه التحسينات

(١) استثنان فقط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٦٦ ( في عهد التفتين المذني السابق كطريق لمبدأ اللع بعم تطبيق العقد ) .

(٢) إلا في حالات خاصة ، كالمأزق العين المرعونة (saisie de récompte) متسا على عمل الدائن المرتين في العين المرعونة ، فيكون له حق ومن على ملك نفسه .

أو ما زاد في قيمة المقار ، ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . ٢ - فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضة ، كان له أيضاً أن يطلب من المستأجر إزالتها ، وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الضرر الذي يصيب المقار من هذه الإزالة إن كان التعويض مقتضى . ٣ - فإذا اختار المؤجر أن يحفظ بهذه التحسينات في مقابل رد إحدى القيمتين المتضمن ذكرهما ، جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل لفقاء بهاء . فهذا النص يميز بين ما إذا كان المستأجر قد استحدث التحسينات بطلب من المؤجر ومن غير معارضة منه ، دون أن يكون بينهما اتفاق ، أو استحدثها دون علم المؤجر أو رغم معارضة . ففي الحالة الأولى يغير المؤجر في أن يدفع للمستأجر إما ما أنفق هذا في التحسينات وإما ما زاد في قيمة المقار بسببها ، والمستأجر ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ومن غير حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفى من المؤجر إحدى القيمتين المشار إليهما . وفي الحالة الثانية يكون المؤجر بالخيار بين طلب إزالة التحسينات مع التعويض إن كان له مقتضى ، وبين استبقاء هذه التحسينات في مقابل رد إحدى القيمتين المتضمن ذكرهما . فإذا استبقى التحسينات ووجب عليه رد إحدى القيمتين إلى المستأجر ، كان لهذا ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ومن غير حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المؤجرة حتى يستوفى ما له في ذمة المؤجر . فإذا نظر المؤجر إلى أجل ، تطبيقاً لفقرة الثالثة من المادة ٥٩٢ ، لم يعد للمستأجر الحق في حبس العين لأن الدين المقابل أصبح غير حال ، قياساً على ما قدمناه في حالة ما إذا قضت المحكمة بأن يكون الوفاء بالمصروفات المحتاز على أنساط دورية وفقاً للمادة ٩٨٢ (١) .

٦٥٦ - من المتقاضى في حبس ما قايض به: في عقد القايضة يلتزم كل من المتقاضين أن يسلم للآخر الشيء الذي قايض به ، وتسرى على القايضة أحكام البيع (م ٨٥ مدني) . فيجوز إذن لكل من المتقاضين ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ، أن يحبس الشيء الذي قايض به حتى يقبض الشيء الذي قايض عليه . ولا كانت أحكام البيع تسرى على القايضة ، فإن الأحكام المتعلقة

مبدأ البائع المبيع ، وقد قدم ذكرها ، تطبق هنا<sup>(١)</sup> .

٦٥٧- من الواجب في مجلس البيع وهو الموهوب له في مجلس

العرض: نصت المادة ٢٩٧ من القانون المدني على أن « يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عرض ، سواء اشترط هذا العرض لمصلحة الواجب أم لمصلحة أجنبي أم المصلحة العامة » . فهنا التزامان متقابلان مرتبطان أحدهما بالآخر ارتباطاً تبادلياً : التزام الواجب بتسليم العين الموهوبة ، والتزام الموهوب له بتسليم العرض . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحق في المجلس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس الالتزام الذي في ذمته حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما في ذمته من التزام .

٦٧٥- من المأول في مجلس العمل ومن رب العمل في مجلس

العمرة: نصت المادة ٦٥٦ من القانون المدني على أنه « يستحق دفع الأجرة عند تسليم العمل ، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك » . فهنا التزامان متقابلان يرتبط أحدهما بالآخر ارتباطاً تبادلياً : التزام المأول بتسليم العمل ، والتزام رب العمل بدفع الأجرة . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحق في المجلس ودون حاجة إلى نص خاص<sup>(٢)</sup> ، أن يتمتع من تنفيذ التزامه حتى يستوفى حقه من المتعاقد الآخر<sup>(٣)</sup> .

(١) ويمكن القول بأن حق المتعاقدين في مجلس ما قابلي به ورد فيه النص الخامس بمجلس البائع المبيع (٤٩٢ م) ، إذ أن المادة ٤٨٥ مذكورة تنص على أنه « تسري على المتعاقبة أحكام البيع بالتقسيط التي تسع به خيبة المتعاقبة ، ويحرم كل من المتعاقبين بالتأجيل عليه قابلي به وشترية الشيء الذي قابلي عليه » .

(٢) وقد كان الشرح التمهيدى للقانون المدني الجديد يشتمل على نص خاص سبقت الإشارة إليه ، وهو المادة ٩٠٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى ، كما رأينا ، على الوجه الآتي : « إذا كان العمل متعلقاً بمشروعه ولم يحدد أجل لدفع الأجر ، جاز للمأول أن يحبس هذا المشروع وغيره من الأشياء التي يكون رب العمل قد سلمها إليه لإجراء العمل ، وذلك إلى أن يستوفى أجره » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالتقواعد العامة في حق المجلس » (بحسبوة الأعمال التصديرية - ص ٤٧ حاشي رقم ١) ، كما سبق القول (انظر أيضاً لفقرة ٦٤٣ في المجلد) .

(٣) انظر في هذه القضية المدني السابق ، وكيفية دفع يدم تنفيه للشيء - مصر الكلية الرونية ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحللة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧٠ .

### ٦٥٩- من الموكل في حبس العارية والتعريض وعن الوكيل في

حبس ما للموكل في ذمته : نصت المادة ٧١٠ من القانون المدني على ما يأتي :  
«على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفق في تنفيذ الوكالة لتنفيذ المعاد مع القوائد من وقت الاتفاق، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة». ونصت المادة ٧١١ على أن ويكون الموكل مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً. ونصت المادة ٧٠٦ على أنه ١ - ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه . ٢ - وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يملأه . فهذه التزامات متعاقبة مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً تبادلياً ومصلحاً جلياً عقداً واحد ملزم للجانبين هو عقد الوكالة<sup>(١)</sup>. فيجوز إذن ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس ودون حاجة إلى نص خاص<sup>(٢)</sup> ، لكل من المتعاقدين أن يتمتع من تنفيذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه من المتعاقد الآخر<sup>(٣)</sup>.

### ٦٦٠- من المستعير في حبس العارية وعن المغير في حبس ما في

ذمته للمستعير : نصت المادة ٦٣٧ من القانون المدني على أنه : ١ - إذا أخطأ المستعير إلى الإنفاق للمحافظة على شيء أثناء العارية ، التزم المغير أن يرد إليه ما أنفقه من المصروفات . ٢ - أما المصروفات النافعة فتقع في شأنها الأحكام الخاصة بالمصروفات التي يتفقها من يجوز الشيء وهو سعيه النية. ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٣٨ على ما يأتي : «ولا ضمان عليه (على المغير) كذلك في العيوب الخفية، غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب أو إذا ضمن سلامة الشيء منه، لزمه تعريض المستعير

(١) فلان الأستاذ إسماعيل قائم في أحكام الالتزام بقرة ١٢٩ ص ١٩٢ .

(٢) وقد كان المشروع التمهيد لتقنين المدني الجديد يشتمل على نص خاص هو المادة ٩٨٧ من هذا المشروع ، وكانت تنص على الوجه الآتي : «الوكيل الحق في حبس الأشياء التي يملكها الموكل وتكون في يد الوكيل بحكم الوكالة ، وذلك ضماناً لتنفيذ الموكل لالتزاماته». وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لأن حكمها مستفاد من قواعد الحبس ( مجموعة الأعمال الصغيرة ص ٢١٩ هامش رقم ١ ) .

(٣) انظر في عهد التقنين المدني السابق وتطبيقه للمعنى عدم تنفيذ العقد : استكمال ضغط ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٢١ .

من كل ضرر يسببه ذلك . ونصت الفقرة الأولى من المادة ٦٤٢ على أنه : متى انتهت العارية وجب على المستعير أن يرد الشيء الذي تسلمه بالحالة التي يكون عليها ، وذلك دون إخلال بمسؤوليته عن الخلل أو التلف . فلهذا أيضاً التزامات متقابلة يرتبط بعضها ببعض ، فعلى المستعير أن يرد العارية عند انتهاء العقد ، وعلى المير أن يعرض للمستعير عن المصروفات وعن العيوب الخفية على النحو المبين في النص . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص<sup>(١)</sup> ، أن يتمتع من تنفيذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه ، ويوجه خاص يجوز للمستعير أن يحبس العارية حتى يستوفى ما في ذمة المير بسبب المصروفات أو بسبب العيوب الخفية .

#### ٦٦١ - من مآخذ الوديعة في حبسها ومن المودع في حبس ما في ذمته

لحافظ الوديعة: نصت المادة ٧٢٥ من القانون المدني على ما يأتي : « على المودع أن يرد إلى المودع عنده ما أنفق في حفظ الشيء ، وعليه أن يعرضه كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة » . ونصت المادة ٧٢٧ على أنه : « يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده . والمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع » . فهنا أيضاً التزامات متقابلة يرتبط بعضها ببعض : فعلى حافظ الوديعة أن يرد الوديعة ، وعلى المودع أن يعرض حافظ الوديعة عن المصروفات وما لحق هذا من خسارة بسبب الوديعة . فيجوز إذن لكل من المتعاقدين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يتمتع من تنفيذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه ، ومن ثم يجوز لحافظ الوديعة أن يحبس العين المودعة حتى يسترد المصروفات أو يتقاضى التعويض بحسب الأحوال .

(١) وقد كان المذروح المتهمين القنين المدني المجدد يقتضئ كل نص خاص من المادة ٨٥٥ من هذا القانون ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « المستعير أن يحبس الشيء تحت يده ، حتى يستوفى ما يستحقه بقتضى المادتين السابقتين من مصروفات وتأمينات » . وقد حلف هذا النص في لجنة المراجعة « ككفالة للقواعد العامة » ( مجموعة الأعمال التشريعية ، ص ١٧٢ ماضي رقم ١ ) .

## ٦٦٢ - المحبس في ماله إبطال العقد أو فسخه : نصت المادة ١٤٢

من التفتين المدني على أنه ١ - في حالي إبطال العقد وإبطاله يصاد لصاقلان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل . ٢ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد . ونصت المادة ١٦٠ على أنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض . في جميع هذه الأحوال تكون هناك التزامات متقابلة تربط بعضها ببعض ، وقد نشأت عن انحلال الرابطة التعاقدية إما بالإبطال أو بالفسخ ، فوجب على كل من الطرفين أن يرد للطرف الآخر ما أخذه منه بسبب تنفيذ العقد . ومن ثم يجوز لكل من الطرفين ، تطبيقاً لقاعدة المحبس ودون حاجة إلى نص خاص <sup>(١)</sup> ، أن يحبس ما في يده للطرف الآخر حتى يسترد ما له في يد هذا الطرف <sup>(٢)</sup> .

وتطبيقاً لما تقدم نصت المادة ٦٨٤ من التفتين المدني ، في بيع ملك الغير ، على أنه إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان مجهول أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية . فيجوز إذن للمشتري أن يحبس المبيع عن البائع حتى يستوفى هذا التعويض <sup>(٣)</sup> . ونصت المادة ٥٠٣ ، في الهبة ، على أنه ١ - يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضى أن تعتبر الهبة

(١) وقد كان المشروع التفتين المدني المجهول يشتمل على نص خاص هو المادة ٢٢٤ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « إذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأي سبب آخر ، وتبين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استعمل عليه ، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد ، وذلك طبقاً لقواعد المقررة في حق المحبس » . وقد حلت هذه المادة في لجنة المراجعة « لأنها تطبق القاعدة العامة في حق المحبس » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ ملحق رقم ١٠ ) . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك ( انظر آنفاً فقرة ٦٤٣ في المالح ) .

(٢) انظر في عهد التفتين المدني السابق كنوع في حق البائع في حبس المبيع : مصر الكليّة لروضة ، مايو سنة ١٩٣٦ المجلد ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥ .

(٣) على أن المحبس في هذه الحالة يكون في مواجهة البائع ملك الغير ، لا في مواجهة المالك الحقيقي . وكذلك إذا فسخ البيع فلا يكون المحبس لاسترداد المثل إلا في مواجهة البائع ، وهذا يقتضي أن يكون الفسخ قد أعاد الملكية إلى البائع . وقد نفتت محكمة مصر الكليّة لروضة بأن -

كلما لم تكن ٢- ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع  
أو من وقت رفع الدعوى، وله أن يرجع بجميع ما أنفق من مصروفات ضرورية،  
لما للمصروفات النافعة فلا يجاوز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الشيء  
الموهوب ٤. ويتبين من ذلك أن الموهوب له، بعد الرجوع في الحبة، يلتزم  
برد الشيء الموهوب مع ثمراته، يلتزم الواهب برد المصروفات التي أنفقها  
الموهوب له، وكل ذلك على الوجه المبين في النص. فيجوز لكل من الطرفين  
أن يتمتع عن تنفيذ التزاماته حتى يقاضى ما له من حقوق، ويجوز بوجه خاص  
أن يجلس الموهوب له العين الموهوبة حتى يسترد ما أنفق من المصروفات.

### ٦٦٣ - الحبس في حالة الفضالة: نصت المادة ١٩٣ من القانون

المدنى على أن يلتزم القضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب  
الفضالة، وتقديم حساب عما قام به ٤. ونصت المادة ١٩٥ على أن يعتبر  
القضولى نائباً عن رب العمل، متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادى  
ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة. وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ  
التعهدات التي عقدها القضولى لحسابه، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم  
بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها  
فوائدها من يوم دفعها، وأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل،  
ولا يستحق القضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته ٤. ويتبين من  
ذلك أن هناك التزامات متقابلة ما بين القضولى ورب العمل قد ارتبط بعضها  
ببعض، ونشأت كلها عن علاقة تبادلية غير تعاقدية. فالقضولى يلتزم برد

== التسليم بمجرد المشتري بحق حسن النفاق المبيع إذا فسخ عقده حتى يسترد ما قدمه من ثمن، تماماً  
على حق البائع في الحبس، يجب ألا يخرج من الحالة التي يكون فسخ العقد فيها قد أعاد الملكية  
إلى البائع، فذلك لا يكون ثمة خلوص في الأوضاع القانونية أو تنقش مع المثلث السليم، يمكن  
ما إذا كان فسخ العقد بسبب وجود بيع سابق فلا يبعد الملكية إلى البائع، وإلا أدى القول بذلك  
إلى أن يبيع الشخص ملك غيره، فيترجم المشتري من الملك الحقيقي ويحبس حتى يسترد ثمنه (٤ ماهر  
سنة ١٩٦٦ المحاماة ١٧ رقم ٢٢٢ ص ٦٧٥ وهو الحكم الذي تضمنت الإشارة إليه في المباحث  
السابقة).

وسرى فيما على (انظر فقرة ٦٧٤ المباحث) أن الملك العين المحبوسة لا يمتنع عليه الحبس  
إذا لم يكن هو المدين الحبس.



ما استولى عليه بسبب القضاة وتقديم حساب عما قام به ، ورب العمل يلتزم بصيغ القبول عن التبعات التي التزم بها وعن التبعات التي سوغتها الظروف وعن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بأعمال القضاة . ومن ثم يجوز لكل من الطرفين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يمنع عن تنفيذ التزاماته حتى يستوفى حقوقه من الطرق الأخرى<sup>(١)</sup> .

## § ٢ - تطبيقات تقوم على الارتباط المادي أو الموضوعي

٦٦٤ - الحبس في حالات الاختصاص : سبق الكلام في حق الحائز في حبس العين لاسترداد ما أنفق عليها من المصروفات<sup>(٢)</sup> . فإذا كان هذا الحائز أقام على أرض الغير منشآت ، فقد تكفلت المواد ٩٢٤ إلى ٩٢٦ من التقنين المدني ببيان الحكم في ذلك ، فتميزة بين ما إذا كان الحائز حسن النية أو سيئ النية . فإذا كان حسن النية ، خبر صاحب الأرض بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . وإذا كان الحائز سيئ النية ، كان لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت ، أو أن يستقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض . ففي الحالات التي يستقي فيها صاحب الأرض المنشآت مقابل دفع قيمة من القيم السالفة الذكر ، يكون هناك ديتان متقابلان يرتبط كل منهما بالآخر ارتباطاً مادياً ، فعلى الحائز أن يرد الأرض لصاحبها ، وعلى صاحب الأرض أن يدفع للحائز القيمة التي اختار دفعها له . فيجوز إذن لكل

(١) انظر آتفاً فقرة ٦٤٣ - هذا يجوز التوكيل بالعمولة أن يحبس البضائع والأوراق التي اشتراها لحساب موكله ودفع ثمنها ، حتى يستوفى منه الثمن والعمولة (برودي ودهولان ١ فقرة ٢٣٦) . كما يجوز للمحامي أن يحبس من موكله أوراق القضية حتى يستوفى أتعابه ، بل ويجوز له ، وفقاً للقضاء الفرنسي ، أن يحبس أيضاً من الموكل المستندات والأوراق الأصلية (نفسه فرنسي ١٠ أغسطس سنة ١٨٧٠ دالفرز ٧١ - ١ - ٤٠) . ولكن المادة ٢٩ من قانون الحماية (رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٤) في مصر لا تمنح للمحامي أن يحبس من موكله ما معه من إله من مستندات وأوراق أصلية إلى أن يستوفى ماله من أتعابه . وهناك تطبيقات أخرى كثيرة غير التي ذكرناها يرجع فيها إلى القاعدة العامة في الحبس ، فنكتفي بما قلناه .

(٢) انظر آتفاً فقرة ٦٥١ .

من الطرفين ، تطبيقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يمتنع عن تنفيذ الزامه حتى يتقاضى حقه ، وبخاصة يجوز للحائز أن يحبس الأرض عن صاحبها حتى يتقاضى منه الصويص المستحق .

#### ٦٦٥ - حبس المشتري للعين المؤجرة : نصت المادة ٩٤٦ من

القانون المدني على أنه ١ - إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، كان الشفع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس . ٢ - وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، كان للشفيع أن يطلب الإزالة . فإذا اخطار أن يسبق البناء أو الغراس ، فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس . ويتبين من النص أنه يجب التمييز بين ما إذا كان المشتري بنى أو غرس قبل إعلان الرغبة في الشفعة ، أو بعد إعلان هذه الرغبة . ففي الحالة الأولى يكون المشتري حسن النية ، فله الخيار في أن يسترد من الشفع إما المبلغ الذي أنفقه فعلاً أو ما زاد في قيمة العقار . وفي الحالة الثانية يكون المشتري سيئ النية ، ومن ثم يكون للشفيع طلب الإزالة ، وله استبقاء البناء أو الغراس مقابل دفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس . فهناك إذن التزامات متعاقبة مترابطة تترابطاً مادياً ، فعلى المشتري أن يرد العين المشفوعة فيها إلى الشفع ، وعلى الشفع أن يرد إلى المشتري في مقابل البناء أو الغراس إحدى القيم السالفة الذكر . فيجوز إذن للمشتري ، طبقاً لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المشفوعة فيها حتى يستوفى القيمة المستحقة .

#### ٦٦٦ - من المشتري في عيب المنقول المسروق أو الضائع : نصت

المادة ٩٧٧ من القانون المدني على أنه ١ - يجوز لملك المنقول أو السند لحامله ، إذا فقد أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة . ٢ - فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يصر في مثله ، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يسجل له

التمن الذى دفعه . ويتبين من هذا النص أن من يشتري بحسن نية شيئا مسروقا أو ضائعا في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجرى في مثله لا يلتزم برد الشيء إلى مالكه إلا إذا طلبه المالك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة وورد للمشتري التمن الذى دفعه . وليس بين المشتري والمالك أية علاقة غير حيازة المشتري للشيء المسروق أو الضائع ، وقد أصبح المشتري دائما باسترداد التمن بمنسبة هذا الشيء الذى يجب عليه أن يرده للمالك . ومن ثم وجد ارتباط مادي أو موضوعي ما بين التزام المشتري برد الشيء إلى المالك والتزام المالك برد التمن إلى المشتري ، فيجوز إذن للمشتري ، طبقا لقاعدة الحبس ودون حاجة إلى نص خاص (١) ، أن يحبس الشيء عن المالك حتى يسترد منه التمن (٢) .

#### ٦٦٧- من المتنفع في عيسى الصبي : نصت المادة ٩٨٩ من القانون

المدينى حل أن ١ - المتنفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المتنفع بها من التكاليف المتعادة وبكل النفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة .  
٢ - أما التكاليف غير المتعادة والإصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المتنفع فانها تكون على المالك ، ويلتزم المتنفع بأن يؤدى للمالك فوائد ما أنفقه في ذلك . فان كان المتنفع هو الذى قام بالإنتفاع ، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع . ويتبين من هذا النص أن التكاليف غير المتعادة والإصلاحات الجسيمة في العين المتنفع بها تكون على المالك لأجل المتنفع ، فإذا قلم المتنفع بها كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع . ومن ثم يوجد التزامان متقابلان مترابطان ترابطا ماديا : التزام المتنفع برد العين المتنفع بها إلى المالك عند انتهاء حق الانتفاع ، والتزام المالك برد أصل ما أنفقه المتنفع في التكاليف غير المتعادة والإصلاحات الجسيمة . فيجوز إذن للمتنفع ، طبقا لقاعدة الحبس

(١) بل أن نص المادة ٩٧٧ يضمن حتى الحبس ، فقد ورد فيه أن المشتري أن يطلب من المالك أن يسجل له التمن الذى دفعه . فمسجيل التمن بهذه أن المشتري يؤخر تسليم الشيء حتى يعرف التمن (انظر الأستاذ إسماعيل طام في أحكام الالتزام فقرة ١٤٠ ص ١٩٤ ملحق رقم ١) .

(٢) انظر في عهد القانونين الذى السابق : فى مزار ٢٢ فبراير سنة ١٩١٥ المهيمنة الرسمية ١٦ دلم ١٧ ص ١٢١ .

وهون حاجة إلى نص خاص ، أن يحبس العين المتضعب بها حتى يستوفى حقه من الملاك (١).

## الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على الحق في الحبس

٦٦٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٧ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١٥ - مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حتى امتياز عليه .

(١) انظر خلافاً في الرأي في فرنسا في بودري وميلوان ١ بقعة ٢٤١ . وانقسام في فرنسا لا يسير في حق الحبس إلى مدها المنطقي . فقد رأينا ينكر هذا الحق على المأثر سبه التية (انظر أنفا بقعة ٦٥١ في الماشي) . وهو ينكر أيضاً هذا الحق على المأثر المقار المرحون ، إذا زعت ملكيته ، حيناً بالمصرفات التي أنفقها ، وذلك لكيلا تتصل دعوى الرهن ( نقض فرنسي ١٤ نولير سنة ١٨٨١ هـ الموافق ٨٢-١-١٦٨ - محكمة بورديو الاستئنافية ١٢ أغسطس سنة ١٩٠٢ هـ الموافق ١٩٠٩-٢-٤٠٩ - ترولون ٣ بقعة ٨٣٦ - دهرانفون ٢٠ بقعة ٢٧٢ - أوبري ورو ٣ بقعة ٢٥٦ مكررة - بلانويول وبيير واسان ٦ بقعة ٤٥٨ ص ٦١٣ هامش رقم ١ - كولان وكابيتان ومورانديير ٢ بقعة ١٤٨٢ - وانظر عكس ذلك في أن المأثر المقار المرحون الحق في الحبس : ديولوب ١ بقعة ٦٨٢ - بيسان ١ بقعة ٢٥٠ ) . أما في مصر فقد نصت للفقرة الثانية من المادة ١٠٦٩ من التقنين المدني على ما يأتي : « ويلتزم الراس عليه المزاو أن يرد إلى المأثر الذي نزع ملكيته المصرفات التي أنفقها في سنده ملكيته وفي تسجيل هذا السند ولما قام به من الإعلانات ، وذلك إلى جانب التزاماته بالتمن الذي رساه المزاو بالمصرفات التي أنفقها إجراءات التطهير » . ويبدو أن للمأثر حبس العين حتى يستوفى هذه الحقوق ، تطبيقاً لقاعدة الحق في الحبس وهون حاجة إلى نص خاص ( استئناف مصر ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ هـ الحامدة ١٣ رقم ٢٠٩ ص ٤١٥ - ومع ذلك انظر : استئناف مخطوط ١٨ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٢ ) . كذلك يوجد خلاف في فرنسا في حق الوارث الظاهر في أن يحبس ما في يده من أمان التركة إذا كان قد دفع بعض ديون المورث ثم انتزع الوارث الحقيقي من هذه الأصناف ، فالوارث الظاهر أن يرجع على الوارث الحقيقي بما دفعه من ديون التركة ، وك حق الحبس عند التقضاء الذين يكتبون بتسليم الارتباط مابين المدينين ، وليس له هذا الحق عند المدين يشترطون فوق الارتباط الأصل المشترك ( انظر في هذه المسألة بودري وميلوان ١ بقعة ٢٤٣ ) . أما في مصر فيبدو أن للوارث الظاهر الحق في الحبس ، وهون حاجة إلى نص خاص ، لتقيام الارتباط المادي مابين المدينين .

٢٥ - وعلى المحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام وعن الحياة ،  
وطيه أن يقدم حساباً عن غلته .

٢٦ - وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الملاك أو التلف ، فللمحابس أن  
يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام للتصريح عليها في المادة ١١١٩ ؛  
وينقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه<sup>(١)</sup> .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذه الأحكام كان  
معمولاً بها في جعلتها دون نص ، إلا ما يتعلق بالفقرة الثالثة التي تنص على حالة  
من أحوال الحلول المعنى ، كان من غير المتيسر الأخذ بها دون نص في عهد  
التقنين المدني السابق .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
المادة ٢٤٨ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٨٣ ، وفي التقنين المدني الليبي  
المادة ٢٥٠ ، وفي تقنين الموجبات والنفوذ اللبناني ٢٧٤<sup>(٢)</sup> .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٣٢ من المشروع انتهى على الوجه الآتي :  
١ - ليس لمن حبس شيئاً وفقاً للمادة السابقة حق امتياز عليه . وعلى المحابس أن يحافظ على  
الشيء ، وأن يقدم حساباً عن غلته وفقاً للأحكام التي تسري في حق الثمن المرتين ومن حياة .  
٢ - إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الملاك أو التلف ، فللمحابس أن يحصل على إذن من القضاء  
في بيعه وفقاً للآراء المرسومة لبيع الشيء المرحون حياة ، وينقل الحق في الحبس من الشيء  
إلى ثمنه . وفي لجنة المراجعة لوحظ أن النص كما ورد في المشروع انتهى يلزم المحابس بواجب  
استغلال الثمن المحبوس على النحو المقرر في حق الثمن المرتين حياة ، وقد دلت أنه يمكن عدم  
تقرير هذا الواجب ، ثم عدل النص إلى جانب ذلك تمهيداً للفصل في أداء الشيء ، فاستخرج  
مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقم المادة ٢٥٩ في المشروع النهائي .  
ووافق مجلس النواب على النص ، ثم جلس المشروع تحت رقم المادة ٢٤٧ ( بمجموعة الأعمال  
التصحيحية ٢ ص ٦٥٣ - ص ٦٥٥ ) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٤٨ ( مطابقاً لنص  
التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٢٨٣ ( مطابقة في الحكم مع نص التقنين المدني المصري ، ولا يوجه  
إلا بعض خلاف لفظي - وانظر في شرح المادة الدكتور حسن الفنون في أحكام الالتزام في  
القانون المدني العراقي فقرة ١١٤ ) .

التقنين المدني للسلكة الحقيقة المصلحة م ٢٥٠ ( مطابقاً لنص التقنين المدني المصري ) .

تقنين الموجبات والنفوذ اللبناني م ٢٧٤ : ٥ أن حق الحبس ، مع مراعاة الحفظ الخاصة -

والحق الذي نحن بصدده ، وكذلك النص التل الذي يبين أسباب انقضاء الحق في الحبس ، إنما يرضان الحالة التي يحبس فيها عين معينة بالذات في دين مرتبط بها ارتباطاً قانونياً أو ارتباطاً مادياً . أما إذا كان الشيء المحبوس ليس عيناً معينة بالذات ، فتواعد النفع بعدم تنفيذ العقْد هي التي تنطبق ، وقد سبق لنا شرحها في الجزء الأول من هذا الوسيط<sup>(١)</sup> . ونقتصر هنا على الحالة التي يكون فيها الشيء المحبوس عيناً معينة بالذات . فالحبس للمعين ، بمقتضى حبه لها ، تقرر له حقوق وتترتب عليه واجبات ، تنبئ الآن بسطها .

## المبحث الأول

### حقوق الحبس للمعين

٦٦٩ - **موقوف الحبس بالمالك وموقوفه بالغير** : نميز - في بسط حقوق الحبس للمعين - بين علاقة الحبس بمالك المعين وهو عادة المدين الذي يحبس المعين في دينه ، وعلاقة الحبس بالغير .

### المطلب الأول

#### علاقة حبس المعين بمالكها

٦٧٠ - **حبس المعين عن مالكها** : متى تولفت الشروط اللازمة لنشوء الحق في حبس المعين ، أصبح للدائن الحق في حبس هذه العين عن

المستقيم ذكرهما (استرداد حيازة المعين إذا زمت غنية أو بالمتن)، لا يمنح صاحبه حق النفع ولا حق الانتفاع ، وإنما يمكن الاحتجاج به على الجميع ، يعني أن الحبس يمتد له أن يرفض العمل عن الشيء أية كانت الشخصية للمعارض . ( ويطلق التقنين اللبناني مع التقنين المصري في الحكم ، وإن اعطيت في النقط - انظر في هذا المعنى الدكتور صبحي المصطفى في آثار الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥١ - ص ٥٢ ) .

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٤٩٢ - فقرة ٥٠٣ .

مالكها<sup>(١)</sup>، فلا يستطيع هذا أن يطالب الحائز برد العين حتى يقوم بوفاء ما في فقه من الدين الحائز .

وتبقى العين مجبوسة في يد الحائز حتى يستوفى هذا كل حق<sup>(٢)</sup> . فلو كان هذا الحق مصروفات ضرورية أو نالمة أنفقها الحائز على العين ، فالحائز أن يحبس العين حتى يستوفى من المالك جميع الحقوق التي قررهما له القانون والتي سبق بيانها (م ٩٨٠ مدني) . ذلك أن الحق في حبس العين غير قابل للتجزئة (indivisible)<sup>(٣)</sup> ، شأنه في ذلك شأن كل ضمان . فلو أن المالك وفي الحائز جزءاً من الدين ، فإن الحائز يبقى حائساً للعين كلها حتى يستوفى الباقي بأكمله<sup>(٤)</sup> ، ولو أن الدين الذي في ذمة المالك انقسم على وثنه بعد موته - وهذا لا يقع في

(١) وذلك دون حاجة إلى حكم أو حتى إلى إقرار كما سبق القول ( انظر آتفاقرة ٦٤٤ - استئناف مخطط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٢٣٠ ) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد المبرور بين مدني وفاتنة ( بنك التسلية ) ينص على أن المدين تعهد بأن يسدد إلى البتة مطلوبه على أقساط وبأن يقدم له مقادير بصفة زمن تأنيب السداد ، وعلى أن البتة تعهد من جهته برفع الحجزين السابق توقيعهما منه على مقبولات المدين ومطاراته متى تبين بعد حصول الزمن وقبده واستخراج التقييدات المقابلة عدم وجود أي حق حتى يقدم عليه ، ثم فسرت المحكمة ذلك بأن قبول البتة تقسيط الدين معترف على قيام المدين بتقديم التامين للقاضي بحيث إذا لم يقدم طالب التأمين بمقروطه المتخصص عليه في العقد كان البتة في حل من قبول التقسيط ، وتعرفت لية المدين في عدم تقديم التامين من خطاب صادر منه ، وبناء على ذلك قضت بعدم ارتباط البتة في التقسيط وبإسقاطه في الاستمرار في التنفيذ بيمينه على المقبولات والمطارات دون أن يكون ملزماً بتكليف المدين رسمياً بالوفاء ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون في فيه ( نقض على ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ مجموعة محر ١٢٣ م ١٧ ص ٣٦ ) .

(٢) أو يعرفه المدين حراً حقيقياً بقرينة الحائس أو يحكم بفسخه ( الأسفل عبد الفصل فيه الباقي في التأمينات لقرة ١٦٨ ص ٢٥٤ ) . ولا يكتفي أن يودع المدين المبلغ المتعلق للدين في خزنة المحكمة ( استئناف مخطط ١٥ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٠ ) . على أن إذا كان حق الحائز غير منوط بالمقابل، جاز للمدين أن يطلب من القاضي الإذن له في إيداع خزنة المحكمة مبلغاً كافياً ، يقدره القاضي ، على ذمة الحائز في بجهة منه تقديره ، ويكون للمدين بعد الإيداع إجهاد الحائس على التسليم ( استئناف مخطط ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٦ ص ٢١ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ - الاستئناف لإسمايل غلام في أحكام الالتزام لقرة ١٤٤ ص ٢٠٠ - وانظر آتفاقرة ٦٤٢ في الملاحق ) .

(٣) برودي وميلوان ١ لقرة ٢٤٤ .

(٤) نقض على ١٤ يوليو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥٨ ص ١٠٣٦ - ولو أن السالط قبل الخلفاء من رب القبل . وصمم بعضها وسلطه إليه قبل أن يسلط لجره ، -

ثقافته الإسلامي وإنما يقع في القاتون الفرنسي - فإن المحاضر يبنى حاسباً للمعين حتى يستوفى من كل وارث نصيبه في الميعين . هل أنه يجب على المحاضر ألا يتصرف في استعمال حقه في الحبس ، فلو أن الباقي من الميعين كان جزءاً قليلاً تافهاً ، كان من النصف كما قلنا أن يبقى حاسباً للمعين كلها في هذا الجزء التافه ، ووجب عليه أن يرد الميعين لما لكها مع مطالبته بالباقي من الميعين<sup>(١)</sup> .

وما ذكرناه في حق المالك يسرى في حق ورثته ، فمحاضر حبس الميعين في مواجهة ورثة المالك ، وهم خلفه العام ، حتى يستوفى كل حقه<sup>(٢)</sup> . وكذلك ينقل الحق في الحبس من المحاضر إلى ورثته ، فلو مات المحاضر كان لورثته حبس الميعين إلى أن يستوفوا حقه الذي انتقل إليهم من مورثهم .

٦٧١ - لا يعطى الحبس بمجرده من امتياز للمحبوس : هل أن حبس الميعين على النحو المتقدم لا يجعل للمحبوس حق امتياز عليها ، ونقول الفقرة الأولى من المادة ٢٤٧ أن « مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه »<sup>(٣)</sup> .

« فإن أن حبس الباقي حتى يعرف كل الأجر ، ويدخل في ذلك الأجر من الميزان الذي سبق له تسليبه (المهرودد ٢٠٦ فقرة ٢ مكررة ص ١٦٦ - ١٦٣ - برودي ودو لوان ١ فقرة ٢٤٤ ص ٢٢٣ - ص ٢٢٤ - بلانول وديير وأسيان ٦ فقرة ٤٥٣ ص ١٠٧ ) .  
(١) انظر ألفا فقرة ١٤٤ - ويجوز لقاضي الأمور المستعجلة إذا كان واعياً أن الباقي من الميعين جزء تافه لا يصح الحبس من أجله ، أو كان واعياً أن الميعين الذي حبست الميعين فيه ليس بهيئ ، أن يقضى بردة الميعين إلى صاحبها (بلانول وديير وأسيان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ١١١ ملحق رقم ٤) . ويجوز أيضاً ، إذا تيسر ذلك ، أن يستوفى المحاضر جزءاً من الميعين يتناسب مع الجزء الباقي من الميعين بمهرودد في يده . ويجب على كل حال الطريق بين الالتزامات الأساسية التي كانت سبباً سابقاً لصدقه وحده هي التي يجوز للمعسر من أجلها ، وبين الالتزامات الثانوية وحده لأجل الحبس فيها ، فإذا تمهد للمعسر بحوث الأرض ولم ينفذ تمهيد ، لم يحز المستأجر الاحتياج من سداد الإيجار (القديم الكلية ٧ أكتوبر سنة ١٩٥٢ الحاشية ٢٣ رقم ٤٨٤ ص ١١٦٨) .  
ولقاضي الحاكم في فرنسا بأن الميعين أو المحاضر الذي يحبس مستندات لميله ، ويكون من الضروري تقديم هذه المستندات للخارج من مصالح العميل ، يلزم بتسليم هذه المستندات إلى أمين معتمدها لمصلحة العميل ، ثم يردّها ثانية إلى من تسلمها من (القضائي ١٩ يوليو سنة ١٩٠٤ حاشية ١٩٠٦ - ١ - ٩ - ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٢ حاشية ١٩٢٤ - ١ - ٧ - بلانول وديير وأسيان ٦ فقرة ٤٥٧ ص ١١١ ملحق رقم ٥) .

(٢) برودي ودو لوان ١ فقرة ٢٢٦ .

(٣) انظر للمادة الإيضاحية المشروع التمهيد في مجموعة الأعمال المفسرة ٢ ص ٦٥٤ .



وهذا هو الجوهري في الحبس ، فهو ليس بحق عيني كما قلنا . على أنه حتى لو كان حقاً فعلياً - كما كان فعلاً في التقنين المدني السابق - فإنه بمجرد أنه لا يميل للحبس حتى امتياز<sup>(١)</sup> . ويرتب على ذلك أن الحبس إذا نفذ على العين المحبوسة بصفة ، فأنما ينفذ عليها كدائع عادية لا كدائن له حق امتياز ، فيزاحمه سائر الدائنين في الثمن ويقاسونه فيه بمقاسمة الفرءاء . وهو متى أقدم على بيع العين جبراً في دينه ، فقد زل عن حقه في الحبس ، لأنه لا يستطيع - وهو الذي طلب البيع - أن يمنع عن تسليم العين لمن رسا عليه المزاد ، ولا يبقى أمامه إلا الثمن الذي رسا به المزاد يستوفي منه ، هو وسائر الدائنين كما قلنا ، ألحق الذي له<sup>(٢)</sup>

ولكن إذا بقي الحائز حابساً للعين ، ولم ينفذ عليها ، فإن حقه في الحبس يبقى قائماً ، حتى لو باع المالك العين من آخر أو نفذ أحد الدائنين الآخرين بصفته على العين فباعها جبراً لمن رسا عليه المزاد . ففي جميع هذه الأحوال يبقى حق الحائز في حبس البيع قائماً في مواجهة المشتري من المالك أو في مواجهة الراعي عليه المزاد<sup>(٣)</sup> ، على تفصيل سيأتي بيانه عند الكلام في علاقة الحبس بالخير . ولا يبقى إلا توفية الحبس حقه كاملاً إذا لم يكن هو الذي نفذ على العين ، وينتهي الحق في الحبس في هذه الحالة إلى النتيجة القطعية التي ينتهي إليها حق الامتياز<sup>(٤)</sup> .

(١) ولكن يلاحظ أنه من المأثور أن يكون الدين الذي جرت فيه العين له أيضاً حق امتياز بموجب القانون ، كما هي الحال في امتياز المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم (م ١١٤٠ مدني) ، وكما هي الحال في امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين الممارسين الذين عهد إليهم في تنفيذ أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو ترميمها أو في صيانتها (م ١١٤٨ مدني) . ففي مثل هذه الأحوال يتقدم الحبس على سائر الدائنين ، ولكن لا يفضي حقه في حبس العين ، بل يقتضي ما أتت به القوانين من حق الامتياز .

(٢) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ - الإسطلا سليمان مرس في التأمينات لقرة ٤١٥ .

(٣) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ (وهو الحكم السابق للإشارة إليه) - وقانون : استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨ . وانظر : الإسطلا سليمان مرس في التأمينات لقرة ٤١٦ - الإسطلا ليحيى قائم في أحكام الالتزام لقرة ١٤٧ .

(٤) استئناف مصر ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٨ ص ١١٧٤ (وهو الحكم -

٦٧٢ - حبس الثمرات : وإذا كانت العين المهبوسة تنتج غلة أو ثمرات ، فليس للمائر إلا حبسها ، وليس له حق امتياز عليها ، شأنها في ذلك شأن العين نفسها<sup>(١)</sup> . وسرى في واجبات الحبس أنه لا يلتزم باستغلال العين إلا إذا كانت بطبيعتها تنتج غلة . فإذا باع الحبس الغلة للتفيد عليها ، فقد حقه في حبسها ، كما وأنياء يفقد هذا الحق إذا ما نقل على العين .

ولكن إذا كانت الغلة معرضة للتلف ، جاز للمائر استئذان القاضي في بيعها ويقوم ثمنها مقامها فيبقى حابساً له حتى يستوفى حقه<sup>(٢)</sup> . ولكن لا يتقدم في هذا الثمن على سائر المدينين ، بل يقاسمونه فيه مقاسمة الغرماء إذا أراد التفيد عليه بحقه . ويتبين من ذلك أن هناك فرقاً بين أن يبيع الحبس الثمرات استيفاء لحقه وفي هذه الحالة يقاسمه الدائون مقاسمة الغرماء ، وبين أن يبيع الثمرات باذن من القاضي لأنها معرضة للتلف وفي هذه الحالة يبقى حابساً للثمن الذي يقوم مقام الثمرات ، فإذا ما نقل على الثمن وهو محبوس في يده زاحه الغرماء<sup>(٣)</sup> .

== السابق الإدارة إليه) - استئناف مخطط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٢ - الأستاذ سليمان مرقس في التعليقات لقرة ٤١٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التعليقات لقرة ١٦٨ ص ٢٥٥ - الأستاذ عبد الحى حجازي ٢ ص ٢٢٠ - الأستاذ إسماعيل داثم في أحكام الالتزام لقرة ١٤٧ ص ٢٠٦ .

فالحبس إذن حالة مؤقتة تنهى أما إلى إعدام المدين ودفعه الدين كإسار لخاص ، وأما إلى نقل الحبس من الحبس للتفيد على العين المهبوسة . وقد تنهى إلى المطالبة بفسخ العقد ، وطه من حالة نهاية لا مؤقتة . وقد يختلف عن الحبس أثر داثم كما في العقد القرضي أو المصغر (contrat successif) ، فإن فركة النور مثلا إذا وقفت تنفد التزامها فخلعت النور عن المشتك مدة من الزمن كان لهذا أثر داثم لا سهل إلى الرجوع فيه ( بلايوك وديور وأسان لقرة ٤٥٧ ص ١١٢ ) .

(١) وتبلى الثمرات وقلة ملكاً لصاحب العين ، ولا يحرم هذا إلا من حق الاستيصال لأنه يتعارض مع الحق في الحبس . وتعتبر العين وعلتها داخلة في الضمان العام لدائن المالك ، فيجوز ، كما قلنا ، لأي دائن للتفيد بحقه عليها ، بشرط ألا يتخلل بالحق في الحبس ( يبدان وفوربان لقرة ٢٨٢ - الأستاذ سليمان مرقس في التعليقات لقرة ٤٦٢ ص ٥٩٩ - ص ٦٠٠ ) .  
(٢) فهناك من يبيع العين نفسها إذا تعرضت للتلف كما سيأتى ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التعليقات لقرة ١٦٩ ) .

(٣) ويختلف المرتب من جهة ، بالنسبة إلى الثمرات ، عن الحبس . فالمرتب يسجل العين المرغوة استئجاراً كإسار ، وما يحصل عليه من صفى الربح ينضم من الدين المقتضى بالمرتب

## المطلب الثاني

### علاقة حابس العين بالنهر

٦٧٣ - الماتشوره العاديرونه : رأينا فيما قدمنا أن دولة المالك يحلون محله ولا يعتبرون من الغير ، فيسرى الحبس في حقهم كما كان يسرى في حق المالك مورثهم . أما النابتون العاديون لملك فهو لاء يعتبرون من الغير ، ولكن مع ذلك يسرى الحبس في حقهم أيضاً كما يسرى في حق المالك . فلأن ذاتاً عادية لملك - أيا كان تاريخ دينه وسواء كان متأخراً عن تاريخ ثبوت الحق في الحبس أو متقدماً حل هذا التاريخ<sup>(١)</sup> - أراد أن يتخذ بحقه حل البيع المحبوسة ، لبيع العين جبراً فإن الحائز يستبقى حقه في الحبس في مواجهة هذا النابت وفي مواجهة المشتري الراسي عليه المراد - وهو أيضاً يعتبر من الغير - إلى أن يستوفى حقه كاملاً<sup>(٢)</sup> . ولو كان الحكم غير ذلك لفقد الحق في الحبس أهميته ، إذ كان أي دائر للمالك يستطيع أن يبيع العين جبراً فيفقد الحابس حقه في الحبس .

هذا هو مبلغ نفاذ الحق في الحبس في مواجهة النابت العادي . وقد يؤدي ذلك من النتيجة العملية ، كما قدمنا ، إلى أن يستوفى الحائز حقه كاملاً قبل سائر النابتين<sup>(٣)</sup> ، ولكن ليس للحائز مع النتيجة القانونية ، كما سبق القول ، أي امتياز حل العين المحبوسة .

---

= ولم يكن له حل أبه ، حل أن يكون الخصم أولاً من جهة ما أتلف في المحافظة حل العين وفي الإصلاحات ، ثم من الضروريات والنفقات ، ثم من أصل الدين ( م ١١٠٤ مدني ) .

(١) حتى لو ظهر إفلاس المالك ومثل السنديك العائني ، فإن الحق في الحبس يكون دائماً في مواجهة النابتين والسنديك للخصم يعظم ( انظر المادة ٤٠٩ فقرة ٢ مدني ، وهي تنص على حل الباقي في حبس المبيع ، ولم يتم حل لأجل المقطوع دفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل بسبب ظهر الإفلاس أو إفساره . قال باق هنا يحبس المبيع من حالي تقليد المشتري ، الأساط سليمان مرقس في التعليقات ص ٦٠١ حاشي رقم ٢ ) .

(٢) استقطف غلط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ - أوبري وود ٣ فقرة ٤٠٦ مكررة ص ١٦٣ - ص ١٦٤ .

(٣) لرون بلانول وديني وأسناد ٦ فقرة ٤٥٨ ص ٦١٥ .

### ٦٧٤ - القفص الخاص : وهو كل من انتقلت إليه ملكية العين المحبوسة

من المالك ، أو انتقل إليه منه حق خفي على العين المحبوسة . وذلك أن الحبس لا يطل حق المالك في التصرف في ملكه فله أن يبيع العين وهي محبوسة في يد الحائر ، وله أن يرتب عليها حق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية .

فإذا كانت العين المحبوسة عقاراً ، فإن المشتري من المالك والدائن المرتهن وصاحب حق الانتفاع أو حق الارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية يجب عليهم أن يشهروا حقوقهم . فإن كانوا قد شهروا حقوقهم قبل أن يثبت للحائر الحق في حبس العين ، لم يسر هذا الحق في مواجهتهم ، فإن حقوقهم العينية على العين المحبوسة قد حفظت بالشهر قبل الحبس ، ولا يستطيع الحائر إذن أن يحبس منهم العين . وإن كانوا قد شهروا حقوقهم بعد أن ثبت للحائر الحق في حبس العين (١) ، فإن هذه الحقوق العينية لا تنفذ في حق الحائس ، ويستطيع هذا أن يتسلك بمخفه في الحبس في مواجهة المشتري أو الدائن أو أى صاحب حق صغى أكثر . ولو قلنا بغير ذلك وبأن الحبس لا يسرى في حق هؤلاء في هذه الحالة ، لسهل على المالك أن يتهرب من الحبس ببيعهم العين أو بترتيب حق عيني عليها ، فيقطع الحبس في حق من تصرف له المالك .

أما إذا كانت العين المحبوسة منقولا ، فلان الحق في الحبس يسرى في حق من ترتبت لهم حقوق عينية بعد الحبس . ويسرى كذلك في حق من ترتبت لهم حقوق عينية قبل الحبس إذا كان الحائس حسن النية أى لا علم له بهذه الحقوق ، لأن الحبس يتضمن الحياة والحيازة بحسن نية في المنقول لما هذا الأمر كما هو معروف (٢) .

(١) ولا يشترط أن يكون السنة المنقولة الحق في حبس العقار مسجلاً (الأستاذ سليمان مرقس في التعليقات فقرة ٤١٨ ص ٦٠٨ - يمكن ذلك : استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجلد ١٧ رقم ٣٠٨ ص ٦٣٨ - الاستئنافية الكلية لفرنسية ٢٩ يناير سنة ١٩٢٠ المبيعة الرسمية ٣٦ رقم ٧٤ ص ٢٠٤) .

(٢) انظر في هذا النص أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٢ - بودوى وديريان ١ فقرة ٢٤٩ ص ٢٣٩ - ٢٤٠ - بلانول وديريه وسان ٦ فقرة ٤٥٨ - الأستاذ عبد الحفي جيلزي ٣ ص ٢٢١ - الأستاذ إسمايل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٦ -

يقى أن يكون سبب الحبس هو إتفاق مصروفات على العين . ففى هذه الحالة وحدها يسرى الحق فى الحبس على الخلف الخاص دائماً ، سواء كانت العين المبيعة منقولة أو عقاراً ، وسواء كان حق الخلف الخاص قد شمر بعد ثبوت الحق فى الحبس أو قبل ذلك إن كانت العين عقاراً . ذلك أن إتفاق المصروفات على العين قد أفادها فى ذاتها ، فأفاد تبعاً لذلك كل من يطالب باستردادها ولو كان حقه ثابتاً قبل إتفاق هذه المصروفات . ويصدق ذلك على المنقول ، حتى لو كان الخابيس سبيء النية (٢) .

## المبحث الثانى

### واجبات الخابيس للعين

٦٧٥ - واجبات محوطة : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٤٧ تقول :  
وعلى الخابيس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن

== وقارن جوسران ٢ فقرة ١٤٦٩ - أنسيكلويدى دالوز ٤ لفظ (Retention) فقرة ٧٦ .  
وقارن أيضاً الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فى التأمينات ( فقرة ١٦٦ ) وهو يرى سريان الحق فى الحبس فى مواجهة الغير إطلاقاً ، ولو كسبوا حقناً شهروها قبل الحبس . وقارن الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات ( فقرة ٤١٨ - فقرة ٤٢٢ ) ويذهب إلى أن الحق فى الحبس يمتنع به على الغير إطلاقاً ، ولا يستثنى إلا حالة ما إذا كان الحق فى الحبس مضمناً من رهن حيازى التبدل على مقدار ربيع المقار جبراً ، فحينئذ لا يمتنع بالحق فى الحبس على قرائى عليه الزاد .  
(٢) انظر فى هذا المعنى بيلانول وديير واسمان ٦ فقرة ٤٥٨ - الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الائتوام فقرة ١٤٦ وأنظر آنفاً فقرة ٦٤٣ فى الماشر .  
هذا وهناك غير ه لا يسرى عليه الحق فى الحبس ، وه المالك العين المبيعة إذا لم يكن هو المدين للخابيس . فإذا باع شخص ملك غيره وقبض المثل ، ثم أبطل المشتري المبيع ، فليس له أن يحبس المبيع حتى يسترد المثل إلا فى مواجهة البائع وهو المدين له برد المثل ، ومن ثم لا يجوز للمشتري أن يحبس المبيع فى مواجهة المالك الخفيق وهو غير مدين له بشئ ( مصر الكلية القانونية ٤ مايو سنة ١٩٣٦ المضافة ١٧ رقم ٣٢٢ ص ٦٧٥ - وأنظر آنفاً فقرة ٦٦٢ فى الماشر ) . كذلك ليس للمقاول من المالك أن يحبس العين من المالك بماله من حق فى ذمة المقاول الأصل ، ما دام المالك ليس مدينًا لا للمقاول من المالك ولا للمقاول الأصل ( استئناف عخط ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧١ ) .

يقدم حساباً عن خلته . فهناك إذن واجباً على الحابس : المحافظة على العين المهبوسة ، وتقديم حساب عن خلتها . يضاف إلى هذين الواجبين واجب ثالث ، هو رد العين المهبوسة إلى صاحبها عند انقضاء الحق في الحبس .

٦٧٦ - **المحافظة على العين المهبوسة** : يلتزم الحابس بالمحافظة على العين المهبوسة وفقاً لأحكام رهن الحيازة . وأحكام رهن الحيازة في هذه المسألة مبسطة في المادة ١١٠٣ ، وهي تنص على أنه : إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبلل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مستول عن هلاك الشيء أو تلفه مالم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه . فالمرتحن حيازة ملتزم بالمحافظة على العين المرهونة ، والتزامه هذا هو التزام يبلل عناية لا التزام بتحقيق غاية . ومقدار العناية المطلوب منه أن يبلله في المحافظة على العين المرهونة هو عناية الشخص المعتاد ، وهو كما نرى معيار موضوعي لا ذاتي . ثم أنه ملتزم برد العين المرهونة عند انقضاء الرهن ، والتزامه هذا - على التقيض من التزامه بالمحافظة على العين - هو التزام بتحقيق غاية لا التزام ببلل عناية . ومن ثم فهو مستول ، إذا لم يرد العين المرهونة لهلاك أو تلف ، عن التصويض ، مالم يثبت أن الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب أجنبي<sup>(١)</sup> .

والذي يمتننا هنا هو الالتزام بالمحافظة على العين لا الالتزام بالرد . فالحابس ، كما قلنا ، يلتزم بالمحافظة على العين المهبوسة ، والتزامه هو التزام يبلل عناية . هي عناية الرجل المعتاد . ومصدر هذا الالتزام هو القانون ، وقد رتب القانون الالتزام على واقعة مادية هي حبس العين .

لذا قصر الحابس عن بلل هذه العناية ، اعتبر هنا خطأ منه ، وتحققت مسئولية التقصيرية ، وأصبح ملزماً بالتصويض . ويعتبر مقصراً لو نزل عن عناية الرجل المعتاد ، حتى لو لم ينزل عن العناية التي يبللها هو في حفظ ماله . فلو كانت العين المهبوسة سيولة أو داراً ، وكان الحابس معروفاً بالإهمال والتقصير ، وترك

---

(١) انظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس في التعليقات العينية ص ٤١٠ - ص ٤١١ رص ٦٠١ ، وفي هذه الإيجال طبعة ثانية فقرة ٢١٤ وفقرة ٢١٩ وفقرة ٢٢٢ - وقرن الأستاذ غنيح شحله في النظرية العامة للتأمين العيني فقرة ١٥٣ - فقرة ١٥٤ .

السيارة دون صيانة حتى أصيبت بطف في بعض أجزائها ، أو ترك الموقوف  
ترميم حتى تخرب بعض أجزائها ، كان مشغولا عن التصرف ، ولا يطلع عنه  
المسئولية أن يثبت أنه يفعل ذلك فيما هو ملوك له ويحمل هذا الإهمال في صيانة  
سيارته أو داره . ذلك أن مقدار العناية المطلوب منه هو ، كما قلنا ، عناية  
الرجل المعتاد لعنايته الشخصية ، والرجل المعتاد لا يأتي مثل هذا الإهمال .  
لذا بدل عناية الرجل المعتاد برت فتمت من المسئولية ، حتى لو تعينت العين  
المهوسة في يده ، وثبت أن الخابيس يبدل في المحافظة على ماله عناية أكبر  
مع عناية الرجل المعتاد وأنه لو بدّل مثل هذه العناية في المحافظة على العين المهوسة  
لما تعينت ، فليس يطلب منه أكثر من عناية الرجل المعتاد ، ارتفعت هذه العناية  
أو زلت عن عناية الشخصية بحفظ ماله <sup>(١)</sup> .

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٧ على إجراء خاص يتخلله الخابيس ،  
وهو متفرع عن التزامه بالمحافظة على العين المهوسة ، فنصت بأنه وإذا كان الشيء  
المهوس ينشئ عليه الملاك أو التلف ، فلخابيس أن يحصل على إذن من القضاء  
في بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق في  
الخبيس من الشيء إلى ثمنه <sup>(٢)</sup> . وهذا الإجراء فيه مصلحة مشتركة لكل من  
الخابيس والمالك . فلو أن العين المهوسة كانت مأكولا أو مشروباً مما يسرع إليه  
التلف ، فمن مصلحة الخابيس محافظة على ضمانه أن يستأذن في بيعها ، وكذلك  
من مصلحة المالك محافظة على ملكه أن يطلب بيعها . لذلك نرى - قياسا على  
ما جاء في المادة ١١١٩ المشار إليها في النص - أن لكل من الخاتر والمالك أن  
يطلب بيع العين المهوسة في هذه الحالة ، بل أن الخاتر يجب عليه ، إذا أيقن  
أن العين تهلك أو تلف لو احتفظ بها ، أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات البيع ،  
وإلا كان مقصرا في المحافظة على الشيء ، فإن هذا الإجراء هو ما يبادر إليه

(١) ومنه الإثبات يقع على مالك المالك ، وهو الخاتر في هذا الالتزام ، فله أن يثبت  
أن العين قد تدمرت . فإذا ما أثبت ذلك ، فقد أقام قرينة قضائية على أن الخابيس لم يحم بالقرينة  
من المحافظة على الشيء . فإذا أراد الخابيس أن يدحض هذه القرينة ، فله أن يثبت أنه بدّل في  
المحافظة على الشيء عناية الرجل المعتاد ، أو أن الخابيس يرجع إلى سبب أجنبي لا يده فيه .  
انظر في صلب إثبات الالتزام يبدل القضية : الفقيه الجزء الأول فقرة ٤٢٩ ص ٦٦١ .

(٢) انظر للملكة الإيجابية المفروضة لتهيئة في مجموعة الأعمال الصغيرة ٢ ص ٦٥٨ .

الرجل المتناه في المحافظة على ماله . وأكثر ما يحقق ذلك في القول ، فإن المقارن أن يخشى عليه الملاك أو التلف . وإجراءات البيع هي المذكورة في المادة ١١١٩ ، في رهن القول ، رهن حيازة إذا خيف على الشيء المرهون الملاك أو التلف ، وتجري هذه المادة على الوجه الآتي : ١٥ - إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالملاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ، ولم يطلب الرهن رده إليه مقابل شيء آخر يقوم بدله ، جاز للدائن أو للرهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بصره في البورصة أو السوق . ٢ - ويفصل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص في البيع ، وينقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه . والإذن يكون أمراً على عريضة تتبع فيه الإجراءات المقررة في مثل هذه الأمور . ويكون البيع ، كما تقرر المادة ١١١٩ ، بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات المقررة في البيع الجبرية ، فإذا كان العين سعر معروف في البورصة أو الأسواق التجارية بيع بهذا السعر دون حاجة إلى إجراءات المزاد العلني . ولا يعتبر طلب الحابس بيع العين في هذه الحالة تنفيذاً على العين ، وإلا لفقد حقه في الحبس كما قلنا . وإنما يعتبر هذا الإجراء إجراءً ضرورياً للمحافظة على العين من الملاك أو التلف ، فلا يفقد الحابس حقه في الحبس ، ولكن ينقل هذا الحق من الشيء إلى ثمنه كما تقول كل من المادتين ٢٤٧ و ١١١٩ . وهذا معناه أن الثمن يحل حلاً جدياً محل العين المحبوسة ، وهذه حالة من حالات الحلول المعنى نص عليها القانون . ويعين القاضي الجهة التي يودع فيها الثمن ، فقد تكون خزانة المحكمة ، وقد تكون جهة الحابس نفسه ، وقد يودع الثمن عند أمين<sup>(١)</sup> .

**٦٧٧- تحريم الحساب عن الفلّة :** في رهن الحيازة يلتزم المرهون باستئصال العين المرهونة استئصالاً كاملاً ، ثم ينضم الفلّة من الدين ، وقد نصت المادة ١١٠٤ من المقتنين المدني في هذا الصدد على ما يأتي : ١٥ - ليس للدائن

(١) وهناك واجب آخر على الحابس يفرض من أنه يعتبر هو ، لا المالك ، الحارس للعين المحبوسة ، إذ يترتب على ذلك أنه يكون مسؤولاً عما تمهله العين من الضرر الغير مسؤولي الخسوس من الأحميد (درهما في أنسكلويدى مالروز) ، نكف Retention بقرة ٦١ من ٧٠٨ - الأسطة لإساحل غاتم في أحكام الالتزام بقرة ١٤٥ من ٢٠٢ .



أن يتضح بالشئ المرهون دون مقابل . ٢ - وعليه أن يستلزم استئجار كلاً ما لم يضح على غير ذلك . ٣ - وما حصل عليه الدائن من صافي الربح وما استضافه من أصل الشئ يضم من المبلغ للمضون بالرهن ولو لم يكن قد جعل أجله ، على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفق في المحافظة على الشئ وفي الإصلاحات ، ثم من المصروفات ، ثم من أصل الدين .

وقد رأينا أن الحابس ، بخلاف الدائن المرتين رهن حيازة ، ليس له أن يستولى على الثمرات ينحصها من الدين ، بل كل ما له هو أن يجلسها مع العين حتى يستوفى حقه ، وقد يبيعها إذا كان يخشى عليها الهلاك أو التلف ويحبس الثمن كما سبق القول . وكذا أن الحابس ليس له أن يملك الثمرات ينحصها من الدين ، كذلك ليس عليه ، بخلاف الدائن المرتين رهن حيازة ، التزام باستغلال العين المحبوسة . وقد كان المشروع المهيكل لنص المادة ٧٩٧ يجرى على الوجه الآتي : «... وعلى الحابس أن يحافظ على الشئ وأن يقدم حساباً عن خلته وفقاً للأحكام التي تسري في حق الدائن المرتين رهن حيازة» ، وفي لجنة المراجعة لوحظ أن النص على هذا النحو يقرر التزاماً في ذمة الحابس باستغلال العين استغلالاً كاملاً على الوجه المقرر في شأن الدائن المرتين رهن حيازة ، ورؤي أنه يحسن عدم تحرير هذا الالتزام ، فعزل النص على الوجه الآتي : «وعلى الحابس أن يحافظ على الشئ وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن خلته<sup>(١)</sup>» . فلم يرب النص في شأن الغلة إلا التزاماً بتقديم الحساب ، ولم يجعله عاضداً لأحكام رهن الحيازة كما جعل التزام المحافظة على الشئ . فلا يكون هناك التزام في ذمة الحابس باستغلال العين المحبوسة .

ولكن الالتزام بتقديم الحساب عن الغلة يقتضي بطبيعة الحال أن يقبض الحابس هذه الغلة ويجلسها ، ثم يقدم حساباً عنها للمالك<sup>(٢)</sup> . فالعين إذا كانت بطبيعتها تنتج غلة ، كأرض تزرع أو دار تسكن أو أوراق مالية تنتج أرباحاً ، فكل الحابس أن يستمر في زراعة الأرض ، وسكنى الدار أو إيجارها ، وقبض

(١) مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٦٥٢ - من ٦٥٥ - ونظر آتياً في تاريخ نص المادة ٢٩٧ ما تضمنه في فقرة ٦٦٨ ق الممثل .

(٢) نفس مدغ ، بتاريخ سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٢ من ٢٢٤٠ .  
(٣) ٧٥٠ م - قوسيط - ٢ ج

أرباح الأوراق المالية ، وما إلى ذلك . وله أن يحبس هذه النقطة بحسب معين فاتها ، وعليه أن يقدم حساباً عن النقطة إلى المالك عند انقضاء الحق في الحبس ، فيرد له العين وحقها . أما إذا كانت العين لا تتحج بطبيعتها غلة ، كسيارة أو ساحة أو أثاث أو نحو ذلك ، فلا يلتزم الحابس باستغلالها ، بل يبقاها عنده دون استغلال مع المحافظة عليها وصيانتها على النحو الذي قدمناه<sup>(١)</sup> .

٦٧٨ - رد العين المحبوسة : يلتزم الحابس أخيراً برد العين المحبوسة المالك عند انقضاء الحق في الحبس . وهذا الالتزام يختلف مصدره باختلاف الحالة السابقة فيما بين الحابس والمالك . فقد يكون مصدره العقد ، كما في حبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن ، فإذا ما استوفاه انقضى حقه في الحبس ووجب عليه تسليم المبيع إلى المشتري ، ومصدر الالتزام بالتسليم هو عقد البيع . وقد يكون مصدره غير العقد ، كما إذا حاز شخص أرضاً مملوكة للغير وبني عليها أو غرس ، ثم حبسها حتى يستوفى حقه في التعويض ، فهو بعد استيفائه حقه ملزم برد الأرض إلى صاحبها ، ومصدر الالتزام هنا هو الإضرار بلا سبب . وأياً كانت حالة المالك بالحابس ، فإن المالك يستطيع دائماً ، باعتباره مالكا ، أن يرفع على الحابس بعد انقضاء الحق في الحبس دعوى عينية باستحقاق العين .

ونرى من ذلك أن التزام الحابس برد العين بعد انقضاء الحق في الحبس لا يرجع إلى الحبس ذاته ، فالحبس مجرداً واقعة مادية لا ترتب التزاماً على الحابس برد العين إلى صاحبها . ولكن إذا انقضى الحبس ، فقد زال المانع الذي كان يحول دون الرد ، فيعود الالتزام بالرد في ذمة الحابس وفقاً لعلاقة القانونية التي كانت تربطه بالذات قبل الحبس .

ومن هنا تبين الفرق بين الحبس وذهن الحيازة . ففي ذهن الحيازة يلتزم الدائن المرتب برد العين المرهونة بموجب عقد الرهن ذاته ، ويكون مستولاه عن الملاك

(١) قارن الأستاذ سليمان مرقس في المحاضرات لقرعة ٤١٣ ص ٦٠١ — الأستاذ عبد القحطبه في الباقي في المحاضرات لقرعة ١٦٩ ص ٢٥٦ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام لقرعة ٢١٥ ص ٢٠٢ .



القواعد العامة ، والتي زاده نص التفتين الجديد أنه نظم المواعيد التي يجوز استرداد الحيازة فيها<sup>(١)</sup> .

ويقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري المادة ٢٤٩ ، وفي التفتين المدني العراقي للمادة ٢٨٤ ، وفي التفتين المدني الليبي المادة ٢٥١ ، وفي تفتين الموجبات والقود البناني المادة ٢٧٣<sup>(٢)</sup> .

ويعرض النص لأحد أسباب انقضاء الحق في الحبس ، وهو خروج المين من يد الحبس ، لتنظيمه تنظيمًا خاصاً . وإذا استعرضنا جميع أسباب الانقضاء ، أمكن تقسيمها إلى قسمين : انقضاء الحق في الحبس بطريق نبي ، وانقضائه بطريق أصلي .

## المبحث الأول

### انقضاء الحق في الحبس بطريق نبي

٦٨٠ - انقضاء الحق في الحبس بانقضاء الحق المضمونه به : الحق في الحبس إنما شرع لتأمين حق الحبس في ذمة مالك المين المحبوسة . فإذا انقضى حق الحبس في ذمة المالك ، انقضى الحق في الحبس تبعاً لذلك . وهذا هو الانقضاء

(١) والمبررة في تطبيق هذه المواعيد بالوقت الذي خرج فيه المين من يد الحبس ، فإن كان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتفتين السابق هو الذي يطبق ، وإلا طبق التفتين الجديد بمواعيده المستحدثة .

(٢) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٢٤٩ ( مطابقة لنص التفتين المدني المصري ) .

التفتين المدني العراقي م ٢٨٤ ( مطابقة لنص التفتين المدني المصري . وانظر في شرح النص الدكتور حسن علي النور في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١١٥ ) .

التفتين المدني السلطنة الليبية المتحدة م ٢٥١ ( مطابقة لنص التفتين المدني المصري ) .

تفتين الموجبات والقود البناني م ٢٧٣ : « إن حق الحبس يزول بزوال الإحراز لأنه من عليه . وإنما يبقى لدارن إذا تزوج به قبله غيبة أو بالصف أن يطلب إعادة الحال إلى ما كانت عليه بشرط أن يقدم هذا الطلب في خلال ثلاثين يوماً لتنتهي من تاريخ طله بذلك الالتزام » . ( وهذا النص مطابق في الحكم لنص التفتين المدني المصري فيما عدا مباداة الستة التي لم يرد في »

بطريق يميني . مثل ذلك أن يستوى الجلبس المصروفات التي أنفقتها على العين المحبوسة ، فلا يعود هناك محل لبقاء العين محبوسة في يده ، ويجب أن يردها المالك (١) .

ويتقضى حق الجلبس في ذمة المالك بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام . فقد يتقضى بالوفاء ، وهذا هو السبب الغالب المألوف . ويتقضى أيضاً بما يقوم مقام الوفاء ، كالتجديد والمقاصة والمعاد التمة . ويتقضى أخيراً من غير وفاء أصلاً ، كما إذا أبرأ الجلبس للمالك أو سقط الحق من جراء استحالة تنفيذه لسبب أجنبي .

فإذا انقضى حق الجلبس في ذمة المالك بالوفاء أو بغيره ، لم يزل الحق في الجلبس إلا إذا انقضى الحق كله . أما إذا بقي جزء منه ، فإن العين تبقى محبوسة في هذا الباقي (٢) . وقد قلنا أن الحق في الجلبس غير قابل للتجزئة (٣) .

## ٦٨١ - عزم الانقضاء بالانقضاء : ولاحظ أن الحق الذي للجلبس

في ذمة المالك ، ما دامت العين محبوسة في هذا الحق ، لا يتقادم ، إذ

== نص المقتضى اللبناني ، ويلعب الدكتور سبيح المحضاني إلى أن هذا الجاد هو أيضاً مواضعه السابقة الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٤٨ من أنه لا تقبل الدعوى التصرفية إلا في خلال سنة تبنيها من تاريخ وقوع التصرف الحق التصرف : أحكام الالتزام في القانون المدني اللبناني ص ٥٠ ) .

(١) وقد رأينا ( انظر فقرة ٦٧٠ في المبحث ) أن الحق في الجلبس لا يتقضى بالمبلغ المستحق للجلبس غرامة المحكمة ( استئناف مخطوط ١٥ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٠٠ ) ، وأنه ( انظر فقرة ٦٤٢ في المبحث ) إذا كان المبلغ المستحق للجلبس لم يتم تقديره جاز المحكمة أن تأمر المدعى بأن يودع غرامة المحكمة مبلغاً كافياً ، ويقوم الإيداع في هذه الحالة مقام الوفاء من حيث إنهاء الحق في الجلبس ( استئناف مخطوط ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٢١ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٢ ) . ومن ثم يجوز تقدير آثام الجلبس التقاضي مؤقلاً وليداعها غرامة المحكمة ، فينتفي حق الجلبس في حبس الأيمان ، وهذا ما لم تكن هذه الأيمان قد وضعت تحت الحراسة بإجراءات غير قانونية ، كما لو أدرجت أيمان مؤقولة خطأ ضمن الأيمان الموضوعة تحت الحراسة ، فلا يكون الجلبس التقاضي حق حبس بالنسبة إلى الأيمان المؤقولة التي أوجبت خطأ ( استئناف مخطوط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٣ ) .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٦٤٤ و فقرة ٦٧٠ .

(٣) انظر أيضاً فقرة ٦٧٠ . والنظر في انقضاء الحق في الجلبس بطريق يميني الدكتور صلاح الدين النحاس في الاجتماع المشرع من الوقت فقرة ٢٢٧ - فقرة ٢٣٦ .

حبس العين فيه يمنع من تقاضيه . والحق في الحبس نفسه لا يزول بالتقادم ، لأن الحبس حالة مادية مستمرة لا يتصور فيها التقادم . ومن ثم لا يمكن انقضاء الحق في الحبس بالتقادم ، لا بتقاضيه هو ولا بتقادم الحق المضمون به (١) .

## المبحث الثاني

### انقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي

٦٨٢ - أسباب الانقضاء بطريق أصلي : وقد ينقضى الحق في الحبس وحده - دون الحق للمضمون به - بطريق أصلي . ويتحقق ذلك في الأحوال الآتية :

(أولاً) تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس (م ٢٤٦قرة أولى مدني) .

(ثانياً) هلاك العين المحبوسة .

(ثالثاً) عدم قيام الحباس بالتزامه من المحافظة على العين المحبوسة .

(رابعاً) زول الحباس عن حقه في الحبس ، وأكثر ما يكون ذلك بخروج العين من يد الحباس طوعاً وهذه هي الحالة التي عرضت لها المادة ٢٤٨ من التقنين المدني .

٦٨٣ - نصيب تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس : هذا السبب لانقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي متصور عليه صراحة في آخر الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ من التقنين المدني ، فقد جاء في هذا النص أن الحبس يكون جائزاً ما دام المالك ( أي مالك العين ) لم يقدم تأمين كاف

---

(١) دهرانتون ١٨ فقرة ٥٥٣ - جيلوار في حق الحبس فقرة ١٢٢ - بودي ونيسيه فقرة ٥٢٠ - بودي وفي لوان ١ فقرة ٢٥٠ - الأستاذ سليمان مرقس في التعليقات فقرة ٤٢٤ - الأستاذ عبد القادر في التعليقات فقرة ١٧١ .

الوفاء بالتزامه هذا . وذلك أن الفرض من الحق في الحبس هو تأمين المالك على حقه في ذمة المالك ، فإذا استطاع المالك أن يقدم له تأميناً آخر كافياً - كفالة أو رهناً أو نحو ذلك<sup>(١)</sup> - لم يمد هناك مقتضى الاستمرار في حبس المدين . والقاضي هو الذي يبت فيما إذا كان التأمين الذي يقدمه المالك كافياً ، عند الاختلاف في ذلك<sup>(٢)</sup> .

وقد وردت تطبيقات تشريعية لهذا السبب من الاقتضاء . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٦٠٥ من القانون المدني ، في صدد حق المستأجر في حبس المدين الموجرة حتى يستوفى التعويض المستحق له عند بيع المدين ، من أن للمستأجر لا يجبر وعلى الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر . أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر ، أو بعد أن يحصل على تأمين كافٍ للوفاء بهذا التعويض . ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٩٨٢ ، في صدد جواز تسبيط ما يترتب في ذمة المالك للحائز بسبب المصروفات ، من أن للقاضي بأن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . ومن ذلك أخيراً ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ ، في صدد حق المشتري في حبس الثمن ، من أنه وإذا تعرض أحد للمشتري مستقلاً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري ، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى يتقطع التعرض

(١) والقانون المدني الألماني (م ٢٧٣) يستبعد الكفالة ، ويستبعد (م ٣٢٠) في البيع بعدم تنفيذ العقد تقديم أي تأمين ولو كان تأميناً مالياً . ويطلب المحكوم صلاح الدين الثاني إلى أن سكوت المشرح المصري عن جواز تقديم تأمين في البيع بعدم تنفيذ العقد وتصريحه بهذا الجواز في الحق في الحبس كان مصداً ، فلا يجوز في الأول ما يجوز في الثاني . ذلك أن البيع بعدم تنفيذ العقد يلزم حل ارتباطه بسبب بين الالتزامين ، فكل من الطرفين لم يلزم إلا للوصول حل حين ما يلزم به الطرف الآخر ، فلا يجوز إجهاده على تنفيذ التزامه إلا إذا تعلق سببه بأن قام للمنفعة الآخر بالتعليق فعلاً ، حل عكس الحال في صور الحبس الأخرى حيث لا توجد علاقة سببية بين الالتزامين ( المحكوم صلاح الدين الثاني في الاستماع المقروح من الوفاء فقرة ١٤٥ - سأل في الالتزامات في القانون الألماني فقرة ١٧١ - الأسطى إسحاق غانم في أحكام الالتزام ص ٣٠٠ حاشي رقم ٧ - فون بلافول وويرو وأسيان ٦ فقرة ٤٤٥ ص ٦٠١ حاشي رقم ٣ ) .

(٢) الأسطى عبد الفتاح عبد الفتاح في التعليقات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٨ - الأسطى إسحاق غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٤ ص ٣٠٠ .

أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيل .

على أن هناك حالة من حالات الحبس صرح المشرع استثناء بعدم جواز انقضاء الحق في الحبس فيها بتقديم تأمين يحل محل حبس الحبس ، وهذه هي حالة حبس البائع للمبيع حتى يستوفي الثمن . فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ من التقنين المدني على أنه « إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ، ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة ، هذا ما لم يمنع البائع المشتري أجلاً بعد البيع » . في هذه الحالة وحدها لا ينقضي الحق في الحبس بتقديم تأمين كاف ، وهذا استثناء من المساعدة العامة التي بسطناها ورد بصريح النص ، ويعبره أن البائع ليس في حاجة إلى تأمين فإن له حق امتياز حل المبيع ، وإنما هو في حاجة إلى حبس المبيع بالذات لفرضه على المشتري حتى يوفي له بالثمن ، كما سبق القول <sup>(١)</sup> .

٦٨٤ - **هولك العين المحبوسة** : وإذا هلكت العين المحبوسة ، انقضى الحق في الحبس بداية لانعدام المحل . والهلاك إما أن يكون خطأ الحابس ، وفي هذه الحالة يكون مسئولاً عن التويض ، وإما أن يكون لسبب أجنبي عن فعل الحابس ، وفي هذه الحالة تملك العين على مالكها حتى لو كان الحابس ملتزماً بموجب عقد أن يسلمها بالآك . وقد طبقت المادة ٤٦٠ من التقنين المدني هذا الحكم ، فنصت على أنه « إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري » ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع <sup>(٢)</sup> .

(١) انظر أيضاً فقرة ٦٤٧ .

(٢) وليس لقائن الحابس أن يطلب من المدين أن يستبدل بالشيء الذي هلك غيره ، كما يجوز ذلك للقائن المرتب رهناً ورسياً أو رهن سيارة ( انظر م ١٠٤٨ و ١١٠٣ مدني ) . فالرهن في هذا يختلف عن الحبس . ذلك أن في الرهن قد ألزم الرامن بتقديم ضمان تأميناً لهيته ، فلذا هلك الضمان الذي تضمنه ألزم بتقديم ضمان آخر ، وإلا جاز للقائن مطالبة بوفاء الدين فوراً . أما في الحبس لم يصحده مالك الشيء المحبوس بتقديم ضمان ، بل أنه وجد ماله محبوساً عنه دون إرادته وبقوة القانون ، فمسبه أن يحصل هلاك هذا الشيء ولا على لإلزامه بتقديم شيء آخر بدلاً منه . حل لا فائدة من إلزامه بذلك ، فإن إجراء الإعلال بهذا الالتزام لو تقرر لن يكون إلا حلول الدين للمفسون بالمحبس فوراً ، وهذا الدين حال بمحك قواعد الحبس كما سبق القول ( الأسطى سليمان مرقس في التعليقات فقرة ٤٢٥ ) .



ولذا هلكت العين فاستحق عنها تصويض أو مبلغ تأمين ، ففى رأينا أن التصويض أو مبلغ التأمين يحل محل العين ، ويكون للدائن حصة محل العين التى هلكت ، قياساً على حالة بيع العين إذا غيب عليها الملاك أو التلف وحسب المثل . وتكون هذه حالة من حالات الحلول العينية لم يرد فيها نص صريح ، وقد رأينا حالة مماثلة فى بيع الثمرات التى ينشئ عليها التلف وحسب ثمنها <sup>(١)</sup> . ومن الفقهاء من يذهب إلى أن الحلول العينية لا يكون إلا بنصر ، ومن ثم لا يجوز للدائن أن يجبس التصويض أو مبلغ التأمين بدلا من العين التى هلكت <sup>(٢)</sup> .

(١) انظر فى هذا المعنى بكتاز تكله بودرى ٣ فقرة ٣٩٩ ص ٧٥٦ — الدكتور منصور مصطفى منصور فى رسالته فى الحلول العينية فقرة ١٤٤ — فقرة ١٤٥ ص ١٨٠ — ص ١٨٤ — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فى التأمينات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٩ — الأستاذ صلاح الدين الشاذلى فى الانتفاع المشروع من الوفاء ص ١٩٠ ملش رقم ٣ — الأستاذ حسن طه الذنون فى أحكام الالتزام فى الشانون المدنى العراقى فقرة ١١٥ — الأستاذ أنور سلطان فى البيع فقرة ٢٠٢ . وقانون الميراث لملولت فقرة ٢٦٨ ص ٣٩٨ .

(٢) كما جاز له حسب المثل فى حالة بيع العين المهرسة إذا غيب عليها الملاك أو التلف بموجب المادة ٢٨٧ فقرة ثالثة مدنى ، وكما جاز انتقال الرهن من الشيء المرهون إذا ملكه أو تلف إلى التصويض أو مبلغ التأمين أو المثل الذى يقرر مقابل نزع الملكية بموجب المادتين ١٠٤٩ و ١١٠٢ مدنى . انظر فى هذا المعنى بكتاز وييسون فى التأمينات البرية ٢ فقرة ١٨٧ ص ٤٣١ — بلانول وديير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٢٨٧ — دويدا فى أنسيكلويدى دالموز ، لفظ (Réduction) فقرة ٩٠ ص ٧١٠ — الأستاذ سليمان مرقس فى التأمينات فقرة ٤٢٥ ص ٦١٥ — الأستاذ إسماعيل غانم فى رسالته فى نظرية الفسخ فقرة ٥٠٥ ص ١٥٠ — ص ١٥٤ وفى دروسه فى الحقوق المدنية الأصلية ص ٥٢ — ص ٥٤ .

وفى رأينا أن الحلول العينية مبدأ عام ، وليست للتصويض التشريعية إلا مجرد تطبيقات له ، فلا حاجة إلى نص خاص . لكل حالة من حالاته . ويقوم المبدأ على فكرة التخصيص (affection spéciale) ، فالعين المهرسة قد خصصها القانون لضمان دين ، فالحل محلها من مقابل يتخصص هو أيضاً لهذا الضمان . وقد طبقت هذه الفكرة فضلاً عن حالة بيع العين المهرسة إذا غيب عليها الملاك أو التلف ، وفى حالة ملك الرهن أو تلفه ، وذلك بموجب نصوص تشريعية . وطبقناها الآن ، دون نص ، فى حالة بيع ثمرات العين المهرسة إذا غيب عليها الملاك أو التلف . ونطبقها الآن ، دون نص أيضاً ، فى حالة ملك العين المهرسة أو تلفها وحلول التصويض أو مبلغ التأمين محلها . أما القول بأن الحق فى المجلس يقوم على حيازة العين المهرسة ذاتها ، فإنه لا يجوز دون تطبيق هذا المبدأ ، وليس هناك ما يمنع من أن الحيازة تنقل على ما يحل محل العين المهرسة ، فيجوز هذا بمثابة وقهر الحيازة على العين ذاتها . ولذا كان المخرج قد رأى حاجة إلى الحلول العينية ليجرد أن ينشئ محل العين المهرسة من الملاك أو التلف ، فأجوز

أما بيع العين المعبوسة فيختلف في الحكم من حلاكها . ذلك أن البيع إن اقتضت الضرورة لأن العين ينشئ عليها الملاك أو التلف ، فقد قلنا أن الحق في الحبس لا يقتضي ، بل ينقل من العين إلى الممن . وإن أوقع البيع أحد الدائنين غير الدائن المأبوس تنفيذاً على العين ، فإن رسول الزاد لا يقتضي الحق في الحبس كما أسلفنا القول<sup>(١)</sup> . أما إذا أوقع البيع الدائن المأبوس نفسه تنفيذاً على العين ، فإن هذا يعتبر نزولاً منه عن حقه في الحبس ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٦٨٥ - أفعال المأبوس بالتزامه مع المحافظة على العين : قلنا أن المأبوس يلتزم بالمحافظة على العين ، وعليه أن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد . فإذا أخل بهذا الالتزام إخلالاً خطيراً ، جاز للمالك أن يطلب من القضاء إسقاط حقه في الحبس لتسفه في استعمال هذا الحق . وليس في هذا إلا تطبيق لقواعد العامة<sup>(٢)</sup> .

٦٨٦ - نزول المأبوس عن مقر في الحبس - خروج العين طوعاً من يده : وقد ينزل المأبوس عن حقه في الحبس قبل أن يستوفى ما له في ذمة المالك ، فيزول هذا الحق بطريق أصلي . وأكثر ما يتحقق ذلك بأن يتخلى المأبوس عن حيازة العين المعبوسة طوعاً<sup>(٣)</sup> . فإذا خرجت الحيازة من يده على هذا الوجه زال حقه

— أن يمل الممن على العين في حق الحبس ، فأول أن تكون الحاجة قائمة إلى الحلول للعين إذا طرقت العين فلا أثر لتلف وحل عليها التصرف أو مبلغ التأمين .

(١) ولكن إذا كان الحق في الحبس مطروحاً عن زمن حيازة عقارى ، وكان الزمن مقيماً ، ثم بيع العقار المعبوس يداً جبرياً ، فإن الحق في الحبس يقتضي في هذه الحالة تبعاً لتعليق العقار بالبيع الجبري ، وينقل حق الزمن بمرتبه إلى ممن العقار المنزوعة ملكيته (الاستاذ سليمان مرتضى في القامحات بقرة ٤٢٥ ص ٦١٧) .

(٢) يونسى ردى لوان ١ بقرة ٢٥٠ مكررة — الاستاذ سليمان مرتضى في القامحات بقرة ٤٢٥ ص ٦١٧ .

(٣) وقد نفست محكمة استئناف مصر بأنه ليس للبائع الذى خرجت من تحت يده العين المبيعة ردها وتسلها للمقضى فلا أن يطلب منه ذلك استرداداً وحسباً تحت يده ، لأن البائع بمجرد أنه زل بالعقار من حق حبس العين يتسليمها للمقضى قبل أن يقوم ببلغ الممن ( ٢٧ عيسى سة ١٩٢٨ الحلة ٢٠ رقم ١٧٦ ص ٤٥٧ — انظر أيضاً : مصر الكلية لقرشية ٢١ نوفمبر سة ١٩٢٩ الحلة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ١٢٠ ) .

في الحبس، ولا يستطيع أن يسترد حيازة العين بعد ذلك<sup>(١)</sup>. وحتى ذلك في صورة عملية بأن يتخذ الحبس على العين المحبوسة بحقه، فيتخذ إجراءات البيع الجبري، ويجب عليه في هذه الحالة عند وصول الزاد على مشتر أن يسلمه العين، لأن في إحتيازها من جانبه زولاً ضمناً منه عن حقه في الحبس<sup>(٢)</sup>، وقد تعلقت الإشارة إلى ذلك.

وإذا كان خروج الشيء من يد الحبس طوعاً يستخلص منه زول ضمني عن حقه في الحبس، فإن خروج الشيء من يده خفية أو عنوة أو بالرغم من معارضة لا يمكن أن يفهم منه أنه زل عن هذا الحق. فإذا انتقل الملك أو أجنبي العين من يد الحبس خفية، أو اختصها منه رغماً عنه، أو أخطأها بالرغم من معارضة، فإن حقه في الحبس لا يزول بذلك<sup>(٣)</sup>. بل له أن يسترد حيازة

---

== على أن انقضاء الحبس بخروج العين المحبوسة طوعاً من يد الحبس إنما يرجع إلى أن الحق في الحبس يقوم على أساس حيازة الشيء المحبوس، فينتفيش بانقضاء الحيازة طوعاً ولو لم تنصرف لإرادة الحبس إلى التزول عن الحق في الحبس. ومن ثم ينتفيش الحق في الحبس ولو كان الثابت منه التحلل قد أعلن صراحة أنه يرد نقل حقه في الحبس من الشيء إلى ثمنه (دينان في أنسيكلوبيس القانون) لفظة (Retention) فقرة ٨٥ من ٧١٠ — الأستاذ إسحاق قائم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٥ من ١٨٥.

(١) ويجوز مجرد خروج الشيء من يد حائزه أو محرزه كرهينة على حصوله برضاه، إلى أن يهت المحازر أو المحرز عكس ذلك (الأستاذ سليمان مرقس في التعليقات فقرة ٢٢٥ من ٩١٥ — ص ٦١٦) وقفت محكمة النقض بأن التحلل الاختياري المسقط لحق الحبس واقعة ملغية لحكمة الموضح أن تخلصها من ظروف الدعوى وملابسها ومن المستندات المقدمة إليها. فلذا كانت للقرائن التي استند إليها المحكم من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها، فإن انتهى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٥٢ مجرمة أحكام النقض ١ رقم ١٢٤ من ٨٦٥).

(٢) استئناف غطط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٥٥ من ٥٢ — الأستاذ سليمان مرقس في التعليقات فقرة ٢٢٥ من ٦١٦.

(٣) وقد قضى بأن نزع المال المحبوس من يد الحبس يته على حكم قضائي لا يترتب عليه انقضاء الحبس، لاحتياطه حامله دون رضاه الحبس، ما لم يكن الحكم فيه نافذ في حق الحبس، إذ يصير تسليم الحبس المال المحبوس في هذه الحالة دون التمسك بحق الحبس أو الاستراض على الحكم بمثابة تسليم اختياري، ويترتب عليه انقضاء حق الحبس (استئناف غطط ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٥٢ — الأستاذ سليمان مرقس في التعليقات فقرة ٢٢٥ من ٦١٦ ملحق رقم ٢).

العين ، بشرط أن يطلب ودعا في أقصر الأجلين ، إما قبل انقضاء ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج العين من يده <sup>(١)</sup> ، وإما قبل انقضاء ستة من وقت خروج العين من يده <sup>(٢)</sup>.

واسترداد الحيازة على هذا النحو جائز ، حتى لو أن من اغتصب الحيازة أو اغتصبها نقلها بعد ذلك إلى حائز حسن النية ، إذ أن الحيازة ولو بحسن نية لا تجب سرقة الضمان (vol de gage) <sup>(٣)</sup> . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ليس الحبس . على وجه الإجمال ، إلا حيازة الشيء حيازة فعلية ، ولذلك كان طبيعياً أن يتقضى بفقد هذه الحيازة . ولكن ينبغي أن يكون هذا الفقد إرادياً . فإذا خرج الشيء من يد محبسه خفية أو انتزع منه رغم معارضته ، ظل حقه في الحبس قائماً ، وكان له أن يسترده

(١) وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ مدني، كما رأينا . وقد قسمت هذه الحالة على حالة المؤجر عندما يسترد المنقولات التي نقلت دون رضائه من العين المؤجرة ، فإنه لا يستطيع استردادها إلا في خلال ثلاثين يوماً من وقت نقلها . وقد نصت المادة ٦٠٢ من قانون المرافعات ، في هذا الصدد ، على أن « المؤجر المتعار أن يوقع فوجاهة المتأجر أو المتأجر من الباطن المجهز للتسليم على المنقولات والأثاث والمحصلات الموجودة بالعين المؤجرة ، وذلك ضماناً لحق الامتياز المقرر في القانون المدني . ويجوز له ذلك أيضاً إذا كانت تلك المنقولات والأثاث والمحصلات قد نقلت بدون رضائه من العين المؤجرة ، ما لم يكن قد مضى على نقلها ثلاثين يوماً » . غير أنه يلاحظ أن مدة الثلاثين يوماً لا تسري ، في حالة الحبس ، إلا من يوم علم الحبس بخروج الشيء من يده ، أما في حالة المؤجر فتسري المدة من وقت خروج المنقولات من العين المؤجرة .

(٢) وهذا أيضاً يختلف بمبدأ السنة من هذا المبدأ نفسه في دعوى استرداد الحيازة (action en réintégration) ، ففي هذه الدعوى يبدأ سريان السنة من وقت أن يعلم الخائن بفقدته الحيازة (م ٩٥٨ مدني) . كذلك يختلف استرداد الحبس الحيازة من استرداد المؤجر المنقولات التي خرجت من العين المؤجرة دون رضاه . فاسترداد المؤجر هذه المنقولات يعتبر من قبيل استعمال حق الانتفع المتضرع من حق الامتياز المبيح ، ولا يتقيد المؤجر بالمبدأ القانوني إذا لم يترتب على المنقولات حق للغير . أما استرداد الحبس الحيازة فالفرض منه ليس إمكان الاحتجاج بحق الحبس على الغير ، بل مجرد المحلولة دون انقضاء هذا الحق ذاته ، ويجب أن يتقيد الحبس بالمبدأ القانوني ولو لم يترتب على العين حق للغير (الأستاذ سليمان مرقس في التأسيسات فقرة ٤١٧ ص ٦٥٥ - ص ٦٥٧ - قانون بدران وفوروان فقرة ٢٨٢) .

(٣) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي في التأسيسات فقرة ١٧٢ ص ٢٥٨ - قانون بروميه ودي لوان ١ فقرة ٢٥١ ص ٢٤٢ .

ولو من يد حائز حسن النية ، باعتبار أن الأمر ينطوي على سرقة تضاهى . هل أن حق الاسترداد هنا ، وإن كان جزاء يكتفل بحاية الحق في الحبس ، إلا أن من واجب الحبس أن يستعمله في خلال ثلاثين يوماً من وقت علمه بخروج الشيء من يده (قارن حتى المستأجر في استرداد اللقولات التي تخرج من جيازته في خلال ثلاثين يوماً) (١) .

ويجب أن يسترد الحبس الحيازة القديمة التي تقلدها حتى يعود إليه الحق في الحبس ، أما إذا رجعت له حيازة العين بسبب جديد ، فإن حقه الأول في الحبس يكون قد زال ، وتولد له حق جديد بالسبب الجديد ليس هو الحق الأول (٢) .

ويلاحظ أنه إذا خرجت الحيازة من يد الحبس ولو خفية أو حثرة ، فإن الحق في الحبس يزول مؤقتاً ما دام الحائز لم يسترد فعلاً الحيازة على النحو الذي أوضحناه . فإذا استرد الحيازة في الميعاد ، عاد إليه الحق في الحبس . وإن انقضى الميعاد دون أن يستردها ، زال نهائياً حقه في الحبس . ومن ذلك نرى الفرق واضحاً بين الحق في الحبس والحق العيني ، فالحق العيني ينطوي دائماً على حق تتبع ، ولا يزول بانتقال العين إلى الغير .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٥٦ — وقد سبق أن قررنا (انظر آنفاً) فقرة ١٧٩ في المبحث في تاريخ المادة ٢٤٨ (مف) أن مدة السنة إنما أضيفت إلى المشروع التمهيد في جلسة المراجعة .

(٢) أوبري ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة ص ١٦٤ — بودوي ودي لوران ١ فقرة ٢٥٠ مكررة ١ — فلو أن شخصاً اشترى سيارة بغير حال وتسليمها قبل أن يحدد المثل ، فإن بائع السيارة يكون قد نزل بذلك عن حقه في حبس السيارة . فإذا أعاد المشتري السيارة إلى البائع لإصلاحها في ورشته ودفع له مصروفات الإصلاح ، لم يجر البائع حبس السيارة في المثل الذي لم يدفع ، لأن حيازة السيارة إنما حدثت إلى البائع بسبب جديد ، هو إصلاح السيارة . ولو عدلت السيارة إلى حيازة البائع لا بسبب جديد بل بالسبب الأول — بأن البائع مطالب السيارة إلى المشتري مؤقتاً لتجربتها على أن يرجعها إلى البائع بعد التجربة فأرجعها للمشتري — فإن البائع يعود له بعودة السيارة الحق في حبسها حتى يستوفى المثل (فيضان وقروان فقرة ٢٨٣ — الأستاذ سليمان مرتضى في المحاضرات فقرة ٤٢٥ ص ١١٥ حاشي رقم ٢ — الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٥ ص ١٨٦) . ولو أن شخصاً منه إلى صاحب «تريج» لإصلاح سيارة ، واستعادها مؤقتاً قبل أن يدفع أجره الإصلاح ثم أرجعها إلى صاحب «التريج» لاستكمال إصلاحها ، عاد الحق في الحبس إلى صاحب «التريج» حتى يستوفى أجره ، لأن السيارة عدلت إلى حيازته بنفس السبب القديم (الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٣٥ ص ١٨٦) .

## افضل الخامس

### الاعسار

(La déconfiture)

نموذج

الاعسار المدني والافلاس التجارى

الاعسار في التقنين المدني السابق وفي التقنين المدني الجديد

٦٨٧ - مقومات الإفلاس التجارى : عند ما يتوقف التجار  
عن دفع دين مستحق عليه ، يجوز شهر إفلاسه . وشهر الإفلاس أحسن طريق  
ينقل به الدائن على أموال مدينه ، ولذلك انحصر به التجار ، لما للاتيان في  
المعاملات التجارية من أهمية خاصة ، ولأن التجار دائتوه في العادة كثيرون  
ومضربون ، فمن المصلحة أن يتحدوا في جماعة (union) وأن يجرؤا تصفية أموال  
مدينهم التاجر تصفية جماعية تحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين .  
ومن ثم كان تنظيم الإفلاس التجارى يقوم على أسس ثلاثة :

\* مراجع : ألين (Allain) في الإصرار - جبرو (Garnaud) في الإصرار - فالت  
(Valentin) في الآثار الرئيسية للإصرار - بومان (Budim) في الإفلاس المدني - ترونسون  
(Tronpon) في نظام الإفلاس إلى غير متجار - دومان (Dupin) مسألة الإفلاس المدني  
رسالة من جينرول سنة ١٩٠٠ - توماس (Toussaint) في مسألة الإفلاس المدني رسالة من  
أكس سنة ١٩٢٤ - حسن شليق في نظم المظلة في الإفلاس المدني رسالة بالفرنسية من باريس  
سنة ١٩٣٧ - ليمانيسيه (Lemanisier) رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ - مارسيل ديمون  
(Mazuel Dupont) في أنسيكلوبيدي دالورز لفظ (Déconfiture) .

حسن شليق في القانون التجارى المسمى الجزء الثاني في الإفلاس سنة ١٩٥١ - عبد الحمى  
سجالي ٢ ص ٢٢٢ - ص ٢٣٠ - إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فترة ١٤٩ - فترة  
١٥٢ - حسن علي كاتون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فترة ٩٨ -  
فترة ١١٠ .

(الأساس الأول) ألا يفرد أحد الدائنين دون الباقي بالاستئثار بمال المدين، إلا إذا كان له على هذا المال حق خاص - رهن أو امتياز أو حبس أو نحو ذلك - يميزه فيه عن سائر الدائنين . فيتحقق إذن تحققاً فعلياً في الإفلاس أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته ، لا فرق في ذلك بين دائن ودائن .

(الأساس الثاني) أن تغل يد المدين عن التصرف في أمواله . فنذ أن يشهر إفلاس التاجر لا يملك إن يتصرف في ماله ، ويبقى كذلك إلى أن تنتهى التعلية بالتصفية أو بالصلح . بل إن التاجر المفلس تقيد تصرفاته حتى قبل شهر الإفلاس ، ففي فترة الرية (periode suspecte) - من اليوم الذى تحدده المحكمة ميعاداً لتوقفه عن الدفع وعشرة أيام قبله - تكون بعض تصرفاته باطلة وبعضها قابلاً للإبطال ، على الوجه المعروف في القانون التجارى .

(الأساس الثالث) أن تصفى أمواله تصفية جماعية . والتصفية الجماعية هى المميز الجوهري للإفلاس التجارى . ومعناها أولاً أن ترفع يد المدين عن أمواله (dessaisissement) ، فتنتقل حيازة هذه الأموال وحراستها إلى سنديك (syndic) يمثل كلا من الدائنين والمدين . ومعناها ثانياً ألا يباشر أى دائن إجراءات تنفيذ (poursuite individuelle) على أموال المدين ، بل تكون الإجراءات التى تتخذ للتصفية والتنفيذ إجراءات جماعية (poursuite collective) يتخذها السنديك باسم جميع الدائنين ، الذين يندمجون في اتحاد (masse, union) تخضع عليه الشخصية المعنوية . ومن ثم تتحقق المساواة الفعلية التامة بين جميع الدائنين ، فتصفى أموال مدينهم وتباع لحسابهم جميعاً ، ثم يتقاسمون الثمن فيما بينهم قسمة الغرماء ، كل يأخذ نصيباً بقدر ما له من دين ، هذا ما لم تنته التعلية بالصلح (concordat) بين الدائنين ومدينهم ، طبقاً للقواعد ووفقاً للإجراءات المرسومة في القانون التجارى .

## ٦٨٨ - مقارنة بين المفهوم التجارى والوسائل المرتبعة التى تقدم

ذكرها: الآن وقد ذكرنا مقومات الإفلاس التجارى، نقارن بينه وبين الوسائل المدنية التى تكفل حقوق الدائنين ، من وسائل تمهيد للتنفيذ على أموال المدين ووسائل ضمان . وهذه الوسائل المدنية هى التى ذكرناها من قبل : الدعوى غير

المباشرة ، والدعوى البولصية ، والدعوى الصورية ، والحق في الحبس<sup>(١)</sup> .  
لا تشترك هذه الوسائل الأربع مع الإفلاس التجارى في مقوماته الثلاثة ،  
إلا في واحد منها فقط هو الأول : عدم انفراد أحد الدائنين دون الباقي بالاستئثار  
بمال المدين . أما المقومان الآخران - غل يد المدين عن التصرف والتصفية  
الجماعية - فيتميز بهما الإفلاس التجارى عن هذه الوسائل الأربع ، ولا تشترك  
فيها معه .

فالدعوى غير المباشرة يوجه الدائن فيها همه إلى مال للمدين يستخلصه من  
الضيق من جراء سوء نية هذا المدين أو إهماله ، تمهيداً للتنفيذ على هذا المال .  
والدائن لا يفرد دون باقي الدائنين بالاستئثار بالمال ، بل يشاركه فيه سائر الدائنين  
مشاركة الغرماء كما قلنا . وفي هذا تتفق الدعوى غير المباشرة مع الإفلاس  
التجارى . وتختلف عنه أولاً في أن المدين ، على النقيض من التاجر المفلس ،  
لا تغل يده عن التصرف في هذا المال ، بل يستطيع أن يتصرف فيه حتى في أثناء  
قيام الدعوى غير المباشرة ، وليس للدائن من سبيل لإلّا الطعن في هذا التصرف  
بالدعوى البولصية ، وقد تقدم بيان ذلك . وتختلف عنه ثانياً في أن التنفيذ على  
المال الذى استخلصه الدائن عن طريق الدعوى غير المباشرة يكون بإجراءات  
فردية ، فالدائن الذى رفع الدعوى غير المباشرة لا بد في التنفيذ من أن يتخذ  
إجراءات فردية للحجز ، ولكل دائن آخر أن يتخذ مثل هذه الإجراءات أو  
أن يشترك في الإجراءات التى سبق اتخاذها . فيجب على كل حال أن يتخذ  
الدائن الذى يريد التنفيذ على المال إجراءات فردية باسمه خاصة ، بل إن الدائن  
الذى يسبق الآخرين في التنفيذ يستوفى حقه من هذا المال قبلهم ما داموا لم  
يدركوا التوزيع التام . وهذا بخلاف الإفلاس التجارى ، فالتصفية فيه كما  
قلنا تصفية جماعية يتولاها السندليك باسم جميع الدائنين ، ولا يستطيع أحد منهم  
أن يتخذ إجراءات فردية يسبق بها الآخرين .

والدعوى البولصية يوجه الدائن فيها همه إلى مال للمدين سبق لهذا أن تصرف  
فيه إضراراً بحقوق الدائنين ، وذلك حتى يجعل هذا التصرف غير سار في حق

---

(١) ولذا تب أن هذه الوسائل الأربع ، كالإفلاس التجارى ، يواجه بها الدائضون مدنياً  
مدمراً ، فيحاولون بقدر الإمكان أن يستخلصوا منه أكبر قسط من حقوقهم عنه .



الدائنين ، تمهيداً لتنفيذ حل المال الذى سبق التصرف فيه . والدائن فى التنفيذ المدفئ الجعبد ، لا يتفرد دون باقى الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، بل يشتركه فيه سائر الدائنين مشركة الغرام . وفى هذا تنفق الدعوى البولصية مع الإفلاس التجارى (١) . وتختلف عنه أولاً فى أن المدين لم تقتل يده عن التصرف فى المال منذ البداية ، بل هو قد تصرف فيه فعلاً وكان لابد من الطعن فى هذا التصرف بالدعوى البولصية بعد توافر شروط معينة ، أما التاجر المفلس فتقتل يده عن التصرف فى ماله منذ شهر إفلاسه ولا حاجة لتوافر أى شرط آخر غير شهر الإفلاس . وتختلف عنه ثانياً فى أن التنفيذ حل المال الذى تصرف فيه المدين فى الدعوى البولصية يكون التنفيذ عليه من جهة الدائنين بأجراءات فردية على النحو الذى تقدم فى الدعوى غير المباشرة ، لا بأجراءات جماعية يقوم بها ممثل لاتحاد الدائنين كما هو الأمر فى الإفلاس التجارى .

ودعوى الصورية يوجه الدائن فيها همه إلى مال المدين يستقيه ، بعد أن تصرف فيه المدين تصرفاً صورياً ، فيكشف الدائن عن صورية التصرف تمهيداً لتنفيذ حل هذا المال . والدائن لا يتفرد دون باقى الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، بل يشتركه فيه سائر الدائنين مشركة الغرام . وفى هذا تنفق دعوى الصورية مع الإفلاس التجارى . وتختلف عنه أولاً فى أن المدين لا تقتل يده عن التصرف فى المال تصرفاً جدياً ، بعد أن تصرف فيه تصرفاً صورياً ، فيجوز له بعد أن كشفت دعوى الصورية عن صورية تصرفه الأول ، بل وقيل أن تكشف وحتى قبل رفع الدعوى ، أن يتصرف فى المال مرة أخرى تصرفاً جدياً قبل أن يتمكن الدائنون من التنفيذ عليه ، ولا سبيل للدائنين فى هذه الحالة إلا الطعن فى هذا التصرف الجدى بالدعوى البولصية . وتختلف عنه ثانياً فى أن التنفيذ حل المال الذى كشف الدائن عن صورية التصرف فيه يكون بأجراءات فردية على النحو الذى تقدم فى الدعوى غير المباشرة وفى الدعوى البولصية ، لا بأجراءات جماعية يقوم بها السنديك ممثلاً لاتحاد الدائنين كما هو الأمر فى الإفلاس التجارى . والحق فى الحبس يوجه الدائن فيه همه إلى مال للمدين محبوس تحت يده ،

(١) وقد كانت هذه الدعوى ، حتى فى هذه الخصبة الأولى ، لا تنفق مع الإفلاس فى همه التفتين المدفئ السابق ، إذ كان الدائن يحتضى أحكام هذا التفتين يستأثر بالتنفيذ حل هذا المال دون غيره من الدائنين .

فيستقبله محبوساً حتى يستوفى حقه . والدائن لايفرد دون باقي الدائنين بالاستئثار بهذا المال ، فهو إذا نفذ عليه ويبيع في المزاد العلني شاركه في ثمنه سائر الدائنين مشاركة الغرماء ، وقد تقدم بيان ذلك . وفي هذا يتفق الحق في الحبس مع الإفلاس التجارى . ويختلف عنه أولاً في أن المدين ، على التقبض من التاجر المغلس ، لا تغل يده عن التصرف في المال المحبوس ، بل يستطيع أن يتصرف فيه ويتخذ تصرفه في حق الدائنين ، بل وفي حق الدائن الحابس نفسه إذا سبق التصرف الحبس على النحو الذى بسطناه فيما تقدم . ويختلف عنه ثانياً في أن التنفيذ على المال المحبوس يكون بإجراءات فردية كما في الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية ، لا بإجراءات جماعية ، كما في الإفلاس التجارى .

٦٨٩ - **الوفىوسى التجارى والوعصار المدينى** : وإذا كانت الوسائل المدنية الأربع التى تقدم ذكرها تقصر عن الإفلاس التجارى في مقومين من مقوماته الثلاثة ، ولا تشترك معه إلا في المقوم الأول كما رأينا ، فإن الإحصار المدينى (déconfiture) كما نظمته التقنين المدينى الجديد يتقدم خطوة على هذه الوسائل الأربع ، ويشترك مع الإفلاس التجارى (faillite) في مقومين من مقوماته الثلاثة ، ويقصر عنه في المقوم الثالث وحده .

يتفق الإحصار المدينى مع الإفلاس التجارى في أن أحد الدائنين لا يفرد دون الباقي في الاستئثار بمال المدين . ويتفق معه أيضاً - وفي هذا يتميز الإحصار المدينى عن الوسائل المدنية الأربعة التى سبق ذكرها - في أن يد المدين تغل عن التصرف في أمواله منذ شهر الإحصار ، كما تغل يد المدين التاجر عن التصرفات في أمواله منذ شهر الإفلاس .

ولكن يختلف الإحصار المدينى عن الإفلاس التجارى في المقوم الثالث - وهو المقوم الجوهري كما قلنا - فلا يوجد في الإحصار المدينى تصفية جماعية يقوم بها السنديك ممثلاً لاتحاد الدائنين كما هو الأمر في الإفلاس التجارى ، بل يبقى أمر التنفيذ على أموال المدين كما هو في الوسائل المدنية الأربعة موكولاً إلى إجراءات فردية يقوم بها كل دائن باسمه خاصة<sup>(١)</sup> .

(١) انظر في الفروق ما بين الإفلاس والإنحصار في القانون الفرنسى أنسيكلوييه دالوز ٢ لفظ Déconfiture فقرة ٢٢ - فقرة ٣٨ .

ومن ثم يوضع الإعسار المدنى إلى جانب الوسائل المدنية الأوسع من الدعاوى الثلاث والحق في الحبس - وسيلة من وسائل التنفيذ على أموال المدين . وهو لا يتميز عنها في المقوم الجوهري للإفلاس التجارى ، فهو مثلها ليست فيه نصبة جاحية ولا محل فيه إلا لإجراءات فردية ، وإن كان يفوقها جميعاً في أنه يقل يد المدين عن التصرف في أمواله على النحو الذى سنبسطه فيما يلى :

٦٩٠ - **إعسار في التنفيذ المدينى السابق** : لم ينظم التقنين المدنى السابق الإعسار ، وهذا بخلاف الإفلاس فقد نظمه التقنين التجارى تنظيماً دقيقاً مفصلاً . وقد يقال إن الإعسار ليس في حاجة إلى التنظيم الذى لا بد منه في الإفلاس ، لأن التجارة تقوم على الائتمان فلا بد فيها من ضمانات قوية يطمئن إليها الدائتون ، وعلى رأس هذه الضمانات تنظيم إفلاس التاجر تنظيماً يحفظ على الدائنين حقوقهم ويكفل المساواة فيما بينهم ، وليست هذه الاعتبارات قائمة في المعاملات المدنية بالقوة التى تقوم بها في التعامل التجارى . ولكن المدين المعسر ، حتى في المعاملات المدنية ، في أشد الحاجة إلى تنظيم إعساره حماية له وللدائنين على السواء . وتزداد الحاجة إلى تنظيم الإعسار المدنى ، منذ رتب القانون على هذا الإعسار نتائج هامة (١) .

وقد سار التقنين المدنى السابق في عدم تنظيمه للإعسار على نهج التقنين المدنى الفرنسى ، وأطلق يد المدين المعسر في التصرف ، ولم يقيد من هذا الإطلاق إلا بقدر ما تسمح به الدعوى البولصية ، ولم يواجه المدين المعسر إلا عن طريق الدعاوى الثلاث المعروفة ، وهى وحدها لا تكفى في تنظيم الإعسار . واستفاضة

(١) وقد كان التقنين المدنى السابق يرتب على الإعسار إنقضاء الأجل ( م ١٥٦/١٠٢ ) ، وانتهاء عقد الشركة ( م ٥٤٢/١٤٥ ) ، ووجوب استبدال كفيل موسر بكفيل مصر إذا تبينه المدين تمهلاً مطلقاً بتقديم كفيل ( م ٦١٠/٥٠٠ ) ، وجواز مطالبة الكفيل المدين المضرب بالدين قبل حلول أجله ( م ٦١٤/٥٠٣ ) . هذا إلى أن إعسار المدين كان مشروطاً في الدعوى غير الباهرة ( م ٢٠٢/١٤١ ) ، وفي الدعوى البولصية ( م ٢٠٤/١٤٣ ) ، وإن لم تصرح بالنصوص بذلك .

وانظر في النتائج التى تترتب على الإعسار في القانون المدنى الفرنسى بلايهول وديير ودودان  
فقرة ٨١٤ - دى باج ٣ فقرة ١٦٩ - أنسكلويدى دالوز ٢ لفك déconfiture فقرة ٩ -  
فقرة ٣٢ .

الشكوى من هذه الحالة في فرنسا (١) وفي مصر (٢).

### ٩٦٦ - تنظيم الإعسار في التشريعات المصرية : أما موقف

التشريعات الحديثة من تنظيم الإعسار فيختلف اختلافاً بينا عن موقف التقنين المدني الفرنسي . فبعض هذه التشريعات - كما في ألمانيا وإنجلترا وهولندا والسويد والنرويج والدنمارك - لا يميز بين الإفلاس التجاري والإعسار المدني ، فتجمل المدين المعسر ، التاجر وغير التاجر ، خاصاً بنظام واحد هو نظام الإفلاس التجاري . ومن ثم عرفت هذه التشريعات الإفلاس المدني (faillite civile) ، بل عرفت الإفلاس دون وصف نظاماً موحداً ، فالإفلاس عندهما يتناول كلا من الإفلاس التجاري (faillite) والإعسار المدني (déconfiture) (٣). وحيث

(١) وقد حاولت بعض الماكر في فرنسا أن تنظم الإعسار عن طريق تعيين حارس قضائي على أموال المدين يديرها ويصرفها كما يفعل السندك ، ثم عن طريق جعل الدعوى البوصية تلبية جميع الدائنين السابقين على التصرف المعلن فيه ولللاحقين له ، ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت على هذه المحاولات لأنها لا تتفق مع التشريع القائم الذي لم يكن لها بد من تطبيقه مهما بدا فيه من وجوه النقض (بلايول وريجر ودوان ٧ فقرة ٨١٧ - الأستاذ حسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٠) .

وسار المشرع الفرنسي في طريق تنظيم الإعسار خطوات محدودة . فمر مناسبة إفلاس شركة بناما المعروفة صدر قانون في أول يولييه سنة ١٨٩٣ يجعل للشركات المدنية ذات الشكل التجاري خاصة لنظام الإفلاس التجاري . ثم صدر قانون في أول أغسطس سنة ١٨٩٣ باعتبار شركات التورمية وشركات المضخة التي تنشأ في شكل تجاري شركات تجارية ، فنسخ القوانين والبيانات التجارية مهما كان موضوع الشركة ، ثم أضاف قانون ٢٧ مارس سنة ١٩٢٥ إلى هذه الشركات للشركات ذات المسؤولية المحدودة . وصدر قانون في ٩ سبتمبر سنة ١٩١٩ يقضي باختيار استقلال النتائج من قبيل الأعمال التجارية لتطبيق نظام الإفلاس . انظر في هذه المسألة : بلايول وريجر ودوان ٧ فقرة ٨١٩ - ص ٣ فقرة ١٦٦ - فقرة ١٦٩ - بلايول وريجر ويولانييه ٢ فقرة ١٤٨٥ - كولان وكاييهان ومودانييه ٢ فقرة ٤٢٢ - الأستاذ حسن شفيق في نظم المخطئة في الإفلاس المدني ص ١٣٧ - ص ٢٢٩ - وكناهن الإفلاس فقرة ٢٣ .

(٢) انظر الأستاذ حسن شفيق في نظم المخطئة في الإفلاس المدني ص ٢٧٢ - ص ٢٧٨ - نظرية لئله المؤلف فقرة ٧١١ - الموهب المؤلف فقرة ٢١٢ - الأستاذ أحمد حشمت أبوسميت في نظرية الالتزام فقرة ٦٢٠ - الأستاذ إسمايل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٤٩ .

(٣) انظر التشريع الألماني الصادر في سنة ١٨٧٧ ، والتشريع الإنجليزي الصادر في =

هذا النظام أنه يأخذ المدين المصر بما يأخذ به التاجر القلس من إجراءات لما يبررها في التعامل التجارى ولكنها في المعاملات المنفية تعتبر قاسية في غير ضرورة .

وفي سويسرا نظم الإفلاس التجارى ، وترك الإحصار الملقى دون تنظيم موكولا إلى إجراءات الحجز المتأدة . ولكن بعض طوائف المدينين المصريين أغضمت لنظام الإفلاس التجارى على سبيل الإجبار ، وجعل للآخرين أن يختاروا هذا النظام فمن يشاء منهم ذلك يقيد اسمه في سجل خاص (١) . ويجب هذا النظام أنه لا يزال يترك الإحصار الملقى دون تنظيم ، ويقتصر على نقل بعض المدينين المصريين إلى نظام الإفلاس التجارى ولا يتلام هذا النظام في بعض إجراءاته مع ملائمت الإحصار الملقى .

ولعل النظام الأسبانى هو غير هذه النظم جميعاً ، فهو ينظم الإحصار الملقى تنظيها مستقلا عن تنظيم الإفلاس التجارى ، ويسير في كل نظام وفقاً لمتنفياته . فالتاجر القلس غير المزراع المصر . الأول يقيد باعتبارات جوهرية في الائتمان التجارى تدعو إلى تنظيم إفلاسه تنظيها دقيقاً يكفل الطمأنينة لدائنيه ويقر المساواة فيما بينهم ، فتصنى أمواله تصفية جماعية يقوم بها سنديك باسم جميع الدائنين . أما المزراع المصر فليس في حاجة إلى كل ذلك ، بل إن إقحام نظام الإفلاس التجارى في شأنه ، وما ينطوى عليه من رفع يده عن أمواله وتعيين سنديك يتسلمها ويصفها تصفية جماعية ، من شأنه أن يهلك أعماله في غير ضرورة . وبحسب الإحصار الملقى أن ينظم تنظيها يكون من شأنه غل يد المدين عن التصرف ،

= سنة ١٨٨٢ ، والقترح المولدى الصادر في سنة ١٨٩٢ . وانظر في الإفلاس كتاب موجه للتجار وغير التجارى في التفسيرين الألمان والإنجليز وسالة الأستاذ حسن شفيق في نظم الحفظ في الإفلاس الملقى من ٥٢ - من ١٢٢ .

(١) أسد المشرع السريسي قانوناً اتحادياً (Union) لتنظيم من أجل المدين والإفلاس في سنة ١٨٨٩ . فرسم طريقتين للتنظيم ، أحدهما طريق الإفلاس والآخر طريق الحجز . فلما كان المدين مقيداً في السجل التجارى وجب اتباع طريق الإفلاس ، ولما لم يكن الحجز . ولم السجل التجارى إلى تسجين : قسم حرف ! وهو خاص بالقيود الإجبارية أى القيود المنطوق بها بالتجار والمؤسسات التي تتخذ الشكل المهرى ولا يمتن من هذا قيد إلا جندل التجارى ، وقسم حرف ب وهو خاص بالقيود الاعتيادية إذ أجبر للمشرع لغير التجارى إجراء القيد في السجل (الأسطد حسن شفيق في نظم الحفظ في الإفلاس الملقى من ٢٢٢ - من ٢٦٧) .

فهذا هو القدر الضروري لحماية الدائنين ، دون أن ترفع يده عن ماله ودون أن تتخذ إجراءات جماعية كثيرة النفقة شديدة التعقيد ، إن تطلبها مقتضيات الائتلاف التجاري فليست ملائمة للائتمان المدني في حاجة إليها<sup>(١)</sup> . على أن النظام الإسباني لا يفرق كثيراً بين تنظيم الإفلاس التجاري وتنظيم الإعسار المدني من ناحية الصيغة الجماعية<sup>(٢)</sup> . وهذا ما توقعه التقنين المدني المصري الجديد ، فقد جعل تنظيم الإعسار المدني يختلف اختلافاً واضحاً عن تنظيم الإفلاس التجاري ، واقتصر في الإعسار المدني على الإجراءات الفردية كما سنرى<sup>(٣)</sup> .

(١) انظر في انتقاد توسيع نطاق الإفلاس التجاري والإعسار المدني وبين عدم صلاحية ذلك في مصر إلى الأستاذ حسن شليق في الإفلاس فقرة ٢٤ ، وينتهي إلى ما يأتي : « هذه هي الأسباب التي تدعونا إلى تبني نظرية الإفلاس المدني على الأغصان في بلاد زراعية كصر ، حيث لا سبيل إلى تنشيط الائتمان الزراعي إلا بإنشاء بنك التسلط والعمل على تسخير المحصول على القروض منها . غير أن هذا لا يعني أننا ننصف القائلين بترك نظام الإعسار بغير تنظيم ، فمن غير المرغوب فيه حقاً أن يظل المدين على الرغم من إعساره قادراً على التصرف في أمواله والعبث بحقوق دائنيه ، أو أن يبقى حصول الدائنين على حقوقهم ثمرة التسابق والتزام بينهم . غير أننا لا نرى أن سبيل الإصلاح يكون بتطبيق نظام الإفلاس بمرته على غير التجاري ، وإنما يجب التمييز والتفريق في أحكام هذا النظام والاستعانة بما يلائم منها المعاملات المدنية ، بمعنى أنه يجب وضع نظامين للتفريق على أموال المدين الذي يميز من أهله ديونه ، أحدهما نظام الإفلاس ويقتصر تطبيقه على التجار ويكون محله القانون التجاري ، والآخر نظام الإعسار ويتبع في شأن غير التجار ويكون موضعه القانون المدني . وقد سارت بعض التشريعات على هذا الوضع ، وفي مقدمتها التشريع الإسباني حيث يوجد نظام للإفلاس (quiebra) وآخر للإعسار (concurso) ، ولئن كان صحيحاً أن الشبه بين النظامين كبير فإنها غير متماثلين . واتبع المشرع المصري في القانون المدني الجديد هذا التبع ، فوضع نظاماً شاملاً لحالة الإعسار ، واستعان في شأنه ببعض أحكام الإفلاس في حدود متروكة ومسقولة » (الأستاذ حسن شليق في الإفلاس ص ٥٠) .

(٢) ويجوز في هذا النظام أن يقرر الدائنون ، بأغلبية الثلثين ، وقف الإجراءات أو الخط من بعدهم . فإذا لم تتوافر هذه الأغلبية كان المدين في حالة إعسار ، فتُرفع يده عن ماله ، وتوقف إجراءات التصفية الفردية (أنسيكلوبيدي والورز ٢ لفظ Déconfiture فقرة ٨) .

(٣) انظر في تنظيم الإعسار المدني على أسس تختلف عن الأسس التي يقدم عليها تنظيم الإفلاس التجاري الأستاذ حسن شليق في النظم المختلفة في الإفلاس التجاري ص ٢٧١ - ص ٣١٥ . وقد كانت هذه الصفحات بوجه خاص تحت نظر لجنة تنظيم التقنين المدني عندما وضعت لتتصور الخامسة بتنظيم الإعسار المدني في التقنين الجديد . وانظر أيضاً بلانويو وديجر ودودان ٧ فقرة ٨١٩ - ٨١٩ فقرة ٨١٩ .

## ٦٩٢ - تنظيم الوعاء في التقنين المدني المبرر - الوعاء

**الفصل والوعاء القانوني :** على أن المشروع ، تمهيداً للتقنين المدني الجديد كان يتضمن نصوماً تنشئ نظاماً استثنائياً لتصفية جهازية في الاصول المدني . ولا عرضت هذه النصوص للإستثناء ، مال الرأي العام القانوني في مصر إلى عدم الأخذ بهذا النظام الاستثنائي ، فحلت النصوص المتعلقة به في لجنة المراجعة (١) .

واستقيت النصوص التي تنظم الإحصار المدني دون تصفية جهازية تنظيماً يتلاءم مع مقتضيات المعاملات المدنية . ولما كانت هذه النصوص تنظم الإحصار

(١) وكانت هذه النصوص في المشروع التمهيدي هي المواد من ٣٥٤ إلى ٣٨٤ من هذا المشروع . وتلخص الأسس التي كان يقدم عليها النظام الاستثنائي للتصفية الجهازية - كما قرر المشروع التمهيدي - فيما يلي :

( أ ) يجوز للمحكمة ، عند الحكم بفسخ الإحصار أو في أي وقت بعد صدور هذا الحكم ، أن تبين منه الاتضاء بناء على طلب أحد الدائنين أو بناء على طلب المدين نفسه ، حارساً حصفاً يوفى الدائنين حقوقهم ، أما بيع أموال المدين وأما تسوية ودية مع الدائنين . ولتدب المحكمة قاضياً للإشراف على أعمال التصفية .

( ب ) يترتب على تعيين الحارس المصني أن يتخلى المدين عن إدارة أمواله ، وأن تصبح أمواله محبوزة حبزاً تحتفظاً . فلا يجوز اتخاذ أي إجراء إلا بواسطة الحارس المصني أو في مواجهته .

( ج ) يمد الحارس المصني بياناً عن حالة المدين يعرضه على الدائنين في اجتماع يدمرهم إليه . ثم يأخذ في هذا الاجتماع وفيما يليه من اجتماعات في تحقيق الديون وفقاً للإجراءات التي تتبع في تحقيق الديون في حالة الإفلاس .

( د ) عند الانتهاء من فحص الديون ينظر الدائنون فيما يكون قد عرفه المدين من مقترحات لتسوية ديونه تسوية ودية . ولا ثم التسوية الودية إلا إذا ألزمتها الأغلبية المطلقة للدائنين وكانت هذه الأغلبية تمك ثلاثة أرباع الديون التي فصنت وأحصت . وتصدق المحكمة على التسوية .

( هـ ) إذا لم يتفق على تسوية ما ، اتخذ الحارس المصني الإجراءات لبيع أموال المدين المسر بالمزاد العلني وفقاً للأوضاع المقررة في تقنين المرافعات ، ما لم ترخص المحكمة للحارس المصني في أن يبيع كل أموال المدين أو بعضها بطريق المباشرة وبشروط معينة .

( و ) يودع الحارس المصني المبالغ الناتجة من بيع أموال المدين خزائنة المحكمة . ويقول القاضي المستطب توزيع هذه المبالغ وفقاً للقواعد المقررة في تقنين المرافعات لقصة المال كسبة غراماً وقصة ترتيب .

( ز ) متى تمت التصفية الجهازية بطريق التسوية الودية ، يورد الدائنين حقوقهم في اتخاذ إجراءات فردية على ما يستجد من مال للمدين . ويجوز في هذه الحالة تعيين حارس مصنف من جديد إذا كان المستبد من المال قدراً كافياً يبرر ذلك .

( انظر مشروع تنقيح القانون المدني - المذكرة الإيضاحية جزء ٢ ص ٣٨١ - ٣٩٨ ) .

على طريق شهره بموجب حكم قضائي ، فان التقنين الملحق بالجديد يكون قد أنشأ حالة قانونية منظمة للإحصار ، وانقلبت هذه الحالة - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى<sup>(١)</sup> - من مجرد أمر واقع يكتفه التجهيل ، إلى نظام قانوني واضح المعالم بين المحدود<sup>(٢)</sup> فأصبح التقنين الملحق بالجديد يميز بين

(١) مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٦٦٢ .

(٢) وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى دقاً سبباً من نظام الإحصار الذى قررته التقنين الجديد ، وبيّنت أن هذا النظام يضم مصالح الجميع ، مصالح المدين ومصالح الدائنين . وما جاء في هذا المبدأ : « متى أثير الإحصار كان مركز المدين في تصفية ديونه أفضل بلا شك من مركزه وفقاً لأحكام التشريع الحال ( السابق ) ، ذلك أن هذا الإحصار لا يستتبع حتماً حلول الديون الموجبة ، فلتقضى أن يبقى على الأجل وأن يمد فيه ، بل ولتقضى مائة أفضل : فله أن ينظر المدين إلى مسرة بالنسبة إلى الديون المستحقة الأداء ، وبهذا تتاح له تصفية ديونه ودياً في أكثر الظروف ملاسة . كما أن المشروع . . . أباح له كذلك أن يتصرف في ماله ولو بغير رضا هؤلاء الدائنين ، على أن يكون ذلك ضمن المثل ، وأن يودع الثمن خزينة المحكمة لرفاء بحقوقهم ، وله بسط له المشروع في أسباب الحماية ولا سيما ما كان منها إلزامى الصيغة . فسوف يحق الحصول على نفقة تقطع من إيراده إذا كان هذا الإجراء مجبراً . أما الدائنون فيكفل لهم نظام الإحصار لسطاً من الحماية لإيديته ما كفل لهم فيها بمقتضى الأحكام القرائنة . فليس لهم أن يشتقوا في ظل هذا النظام من تقدم أحدهم على الباقين بغير حق ، ذلك أن مجرد تسجيل سميعة دعوى إحصار الإحصار يكون من أثره عدم نفاذ أى اختصاص يقع بعد ذلك على مقاربات المدين في حق الدائنين السابقة ديونهم على هذا التسجيل . متى أثير إحصار المدين أصبح من أهون الأمور على الدائنين أن يأثروا جانبه فيما يصدر عنه من تصرفات القسارة أو المدعولة ، وأصبح أعمال أحكام الدعوى البولسية قريباً في بساطته . فكل تصرف قانوني يصدر من المدين المصر ، ويكون من ورائه انتقاص حقوقه أو زيادة التزاماته ، وكل هؤلاء يقع منه ، لا ينفذ في حق الدائنين ، دون حاجة إلى تحميلهم حصة إقامة الدليل على النقص ، وهو حصة في أغلب الأحيان غير يسير . ولتعزيز حماية الدائنين من تصرفات المدين القسارة أو المدعولة ، قرر المشروع توقيع عقوبة التجديد على المدين إذا ارتكب أعمالاً من أعمال النش البين إضراراً بدائليه . وعلى هذا التحرك كفل للمشروع بنظام الإحصار حماية وأمانة للدائنين من المدين ، وسجل من المساواة الواجبة بينهم حقيقة واقعة . وقد ذهب البعض إلى أن نظام الإحصار ، وإن توافرت له المزايا التى تقدمت الإشارة إليها ، فليس يخلو إعماله من حصة قد يرجع هذه المزايا جميعاً . فإذا فرض في رأيه أن أغلب الملاك يتوجهون بأصنام الدين ، فإن الخطر أن تنطد إجراءات لإحصار هؤلاء الملاك ، لأن هذه الإجراءات تقضى من طريق اللاتنية القضائية إلى الكشف عن مراكز أو أسواق يبنى أن يحكم أمرها من الملاك لاجتماعات مدنية وأدبية . ولكن لو صرح أن مستهان بما يمرض للدين في مثل هذه الظروف من وجوب رعاية ما يقتضى التعامل من شرف وعقل ، أفلا يبقى بعد ذلك أمر التساؤل عما إذا كانت هذه المراكز المفترضة تنظر في الواقع عارية غير مطبوعة ؟ الحق أنه ليس أيسر من كشف الحقيقة واليصر بها في هذا الشأن ، فإن لم يقع ذلك من طرق استطاعة الشهادة ، فلهذا



نوعين من الإعصار : الإعصار القملى (insolvabilité) والإعصار القانونى (déconfiture) . ويختلف الإعصار القملى عن الإعصار القانونى من وجوه عدة .

فالإعصار القملى حالة واقعية (état de fait) تنشأ من زيادة ديون المدين - سواء كانت مستحقة الأداء أو غير مستحقة ما دامت محقة الوجود - على حقوقه . أما الإعصار القانونى فحالة قانونية (état de droit) تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على حقوقه ، ولا بد من شهرها بموجب حكم قضائى يجعل المدين فى حالة إعصار (état de déconfiture) .

والآثار التى يترتبها القانون على الإعصار القانونى قد لا يترتبها على الإعصار القملى . فسنرى أن سقوط الأجل (م ٢٥٥قرة أولى وم ٢٧٣ مئلى ) ، ومنع المدين من التصرف فى ماله (م ٢٥٧ مئلى) ، وتبريذه لقوية التلييد فى حالتين معينتين (م ٢٦٠ مئلى ) ، وجواز إعطائه نفقة من إيراداته المحجوزة (م ٢٥٩ مئلى ) ، وعدم جواز الاحتجاج بحقوق الاختصاص بها بين النائتين (م ٢٥٦ ققرة ٢ مئلى ) ، إنما يترتب ذلك كله على الإعصار القانونى ، لا على مجرد الإعصار القملى . أما انتهاء الشركة باعصار أحد الشركاء (م ٥٢٨ ققرة أولى مئلى) ، وجواز إنهاء العارية إذا أصر المستعير بعد انعقادها أو كان معسراً قبل ذلك دون علم من المعير (م ٦٤٤ حرف - مئلى ) ، وتقديم كفيل موسر ( أى غير معسر ) إذا ألزم المدين بتقديم كفيل (م ٧٧٤ مئلى ) ، وسقوط حق الدائن فى الرجوع على الكفيل إذا أصر المدين ولم يتخذ الدائن الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوقه ( قياساً على وجوب تقلمه فى تقليسة المدين إذا أظلس : م ٧٨٦ مئلى ) ، كل ذلك يترتب على الإعصار القملى دون حاجة إلى أن يكون الإعصار قانونياً . كذلك فى الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية استبق التفتين المئلى الجديد الإعصار على ماكان عليه فى التفتين المئلى السابق ، إصاراً فعلياً لا إصاراً قانونياً ، مسائراً فى ذلك تقاليد هاتين الدعويتين . وينبى لتوجيه هذا الرأى أن التفتين المئلى الجديد حدد على وجه البقة المقصود بالإعصار فى الدعوى البولصية، فنص فى المادة ٢٣٩ على أنه : إذا ادعى النائن

إصول للمدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يسوى قيمة الديون أو يزيد عليها . فالمرشح هنا أصبر للمدين مصرأ بمجرد ألا يكتفى ماله للوفاء بجميع ديونه ، المستحقة وغير المستحقة ، بينما هو في الإصرار القانوني لا يعتبر المدين مصرأ إلا إذا كان ماله لا يكتفى للوفاء بديونه المستحقة وحدها دون ديونه غير المستحقة . فالإصرار القانوني ، كما نرى ، حالة أشد اماناً في الاستغراق بالدين من الإصرار الفعلي ، والتقنين المدني الجديد صريح في أنه يكتفى في الدعوى البولصية - وتبعاً لذلك في الدعوى غير المباشرة - بالإصرار الفعلي دون الإصرار القانوني<sup>(١)</sup> .

وقد ينتهي الإصرار القانوني قبل أن ينتهي الإصرار الفعلي . ذلك أن الإصرار القانوني ينتهي بموجب حكم إذا وفى المدين المصردبونه الحالية ، وينتهي حتى بقوة القانون إذا انقضت خمس سنوات على شهر الإصرار . فيبين من ذلك أن الإصرار القانوني قد ينتهي ، ومع ذلك تبقى ديون المدين أكثر من حقوقه فيكون مصرأ فعلاً ، وهكذا قد يتناوب المدين إصرار فعلي ينتقل منه إلى إصرار قانوني ليعود بعد ذلك إلى إصرار فعلي . وسيتأتى بيان ذلك تفصيلاً فيما يلي .

وننقل الآن ، بعد هذا التمهيد ، إلى بسط أحكام تنظيم الإصرار المدني في التقنين المدني الجديد ، أى إلى الكلام في حالة الإصرار القانوني . فنبحث : (أولاً) شهر حالة الإصرار (ثانياً) الآثار التي تترتب على حالة الإصرار (ثالثاً) انتهاء حالة الإصرار .

ونقصد فيما يلي ، إذا أطلقنا لفظ « الإصرار » ، الإصرار القانوني ، أى الإصرار كحالة قانونية منظمة ، فإذا أردنا الإصرار الفعلي صرحنا بذلك<sup>(٢)</sup> .

(١) انظر حكم ذلك الأستاذ محسن شفيق في الإنفلاس فقرة ٥٣ ص ٧٧ - ص ٧٨ -  
وفي رأينا أن التقنين المدني الجديد إذا أطلق لفظ « الإصرار » فلا يتخصص اللفظ للإصرار القانوني ، بل ينصرف إلى محض الإصرار أى الإصرار الفعلي ( انظر المراد ٢٢٥ فقرة ٢ و ٢٣٧ و ٢٢٨ و فقرة أول ٦٤٤ حرف - ) . أما إذا قصد بلفظ « الإصرار » الإصرار القانوني ، قرن اللفظ بما يدل على هذا المعنى إشاراً بأهمية ما يترتب من النتائج على ذلك ، فيقول مثلاً : « يسقط حق المدين في الأجل : إذا شهر إفلاسه أو إصراره وفقاً لنصوص القانون ... » ( م ٢٧٢ - وانظر أيضاً المواد ٢٥٥ فقرة أول و ٢٥٦ و ٢٥٧ و ٢٥٩ و ٢٦٠ ) .

(٢) وفيه ينتظم حالة الإصرار ( م ٢٤٩ - ٢٦٤ مدني ) تنظيم تصفية الشركة ( م ٨٧٦ - ٩١٣ مدني ) - في الحالتين لا يجوز التصرف في أموال المدين المسرولاً في أمان الشركة -

## الفرع الأول

### شهر حالة الإحصار

٦٩٣ - دعوى شهر الإحصار : لابد لثبوت حالة الإحصار، من دعوى ترفع بذلك ، وحكم يصدر بشهر الإحصار . فوجب إذن أن تبحث أمرين :  
(١) طرفى دعوى الإحصار (٢) إجراءات هذه الدعوى .

## المبحث الأول

### طرفا دعوى الإحصار

٦٩٤ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٤٩ من القانون المدني على ما يأتى :

« يجوز أن يشهر إحصار المدين إذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الآداء ».

وتنص المادة ٢٥٠ على ما يأتى :

« يكون شهر الإحصار محكم تصدرة المحكمة الابتدائية التى ينبعها موطن المدين ، بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه . وتنتظر الدعوى على وجه السرعة ».

وتنص المادة ٢٥١ على ما يأتى :

« على المحكمة فى كل حال قبل أن تشهر إحصار المدين أن تراعى فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة .

---

= ولا يصح جل الدائنين بأى اختصاص يقع به تسجيل حكم الإحصار أو بهد موت المدين ، ويمتلك المدين المصر بقوة التبديد فى بعض الحالات كما يمتلك بقوة التبديد كل من استول فشا على شيء من مال القركة ولو كان وارثاً ، ويجوز تقدير نفقة يتقاضاها المدين المصر من إيراداته المحبوزة أو يتقاضاها من كان المورث يعلم من ورثته . ولكن إجراءات تصفية القركة إجراءات جماعية ، بخلاف إجراءات تصفية مال المصر فهى كما رأينا إجراءات فردية .

فتنظر إلى موارده المستقبلية ، ومقدوره الشخصية ، ومستوليه عن الأسباب التي أدت إلى إحصاره ، ومصالح دلائله المشروعة ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المالية <sup>(١)</sup> .

ولا مقابل لهذه التصوص في التقنين المدني السابق ، ولم يكن هذا التقنين ينظم الإحصار المدني كما سبق القول .

وليس في التقنينات المدنية العربية الأخرى ما ينظم الإحصار المدني إلا التقنينان السوري والعراقي . أما التقنين اللبناني فقد ترك الإحصار للمدني دون تنظيم كما فعل التقنين المدني الفرنسي . وكذلك شأن التقنين الليبي ، فقد أغفل تنظيم الإحصار . وقابل التصوص السالفة الذكر في التقنين المدني السوري المواد من ٢٥٠

#### (١) تاريخ التصوص :

م ٢٤٩ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٤ من المشروع النهائي ، عن طريق الحجة ، حل الوجهين الآتين : «يجوز أن يشهر إحصار كل مدني غير تاجر ، تزيد ديونه على أمواله ، متى توافقت من وفاة ديونه المستحقة الأداء أو «يجوز أن يشهر إحصار كل مدني غير تاجر إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء» . وفي لجنة المراجعة أشار أحد الأعضاء إلى أن نظام الإحصار لا يتفق مع الحالة الاقتصادية في مصر ، إذ هو يمس إلى مركز المدينين وهم أغلبية دون أن يتطرق إلى منظمة حقيقية لهم . فأجيب على ذلك بأن وضع هذا النظام أريد به تقرير الأمر الواقع ، فالمدني الذي يترحم عليه كونه له إجراءات عملية ، وليس في شهر الإحصار ما يمس سمعة المدين بأكثر من ذلك . ثم إن النظام الذي وضعه المشروع يعود على المدين بمزايا حقيقية ، ويحسره له أمر الوفاء بديونه . ونوه أحد الأعضاء بأن نظام الإحصار يكون أولى بالقبول لو تضمن مزايا عائلية لمزايا التي يحصل عليها المدين التاجر من طرق تسليح الرأى من الإفلاس ، كإبراء المدين من جزء من الديون إذا وافقت على ذلك أغلبية من الدائنين ، أو إبرائه من الديون أبداً كان مقدارها متى ترك للدائنين كل ما يملك من مال . فوافقت اللجنة على استيفاء نظام الإحصار في المشروع مع إحاطة الاقتراح الخامس بإبراء المدين إلى لجنة فرعية ( ولم يظهر لعل هذه اللجنة أية نتيجة - والظاهر أن لجنة المراجعة اكتفت بما تضمنه المشروع من جوارحه آجال الديون ومن «جواز منح آجال للديون الحالية» ) . ثم فاضلت لجنة المراجعة بين الصيغتين المبروتين ، فاختارت النص الآتي : «يجوز أن يشهر إحصار المدين غير التاجر إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء » ، وأصبح رقم المادة ٢٦١ في المشروع قبلي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس القيوخ أميد الاعتراض على نظام الإحصار ، وقيل إن هذا النظام جديد ، وهو نظام يخطر من نتائج الموسوعة وقد انتقدته الكتوريون . ورد على هذا الاعتراض بأن نظام الإحصار يكفل للمدين والمدينات مزايا عدة لا تكفي في تبريرها الأحكام الجزئية التي وردت في بيان تمهيد شركة الخلف ، ولا تعادها الإجراءات =

إلى ٢٥٢ ، وفي التفتين للمنفى العراقي المادتين ٢٧٠ و ٢٧١قرة أولى (١) .

ومن هذه النصوص يتبين أن المدعى عليه في دعوى الإحصار هو الملتحق  
المصر دائماً، أما المدعى فيكون في الغالب أحد دائتيه وقد يكون هو الملتحق نفسه .

المختصة بمدد المدعى، وهي بالنسبة إلى المدين المصر كثيرة وإجراءات شهر الإحصار قد تفتى  
على التفتين إلى الإقلال منها . ولم تر اللجنة الأعد بالاعتراض ، وأقرت نظام الإحصار في  
مجموعه، أما من حيث النص المروض فتلفت كلمتي « غير التجار » لأن قانون التجارة تكفل  
بالإجراءات التي تتخذ بالنسبة إلى التجار ، ولإيضاح المجال ليبحث فكرة وضع نص صريح في القانون  
لتجاري تميز للمدين للتاجر الاستفادة من أحكام الإحصار بما فيها من يسر . ووافقت اللجنة على  
المادة معدلة على الوجه الآتي : « يجوز أن يشهر إحصار المدين إذا كانت أمواله لا تكون لوفاء  
ديونه المستحقة الأداء » ، تحت رقم ٢٤٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته  
( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٦٦٢ - ص ٦٦٥ ) .

م ٢٥٠ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « يكون  
إشهار الإحصار بحكم تصدره المحكمة التي يقبها موطن المدين ، بناء على طلب المدين نفسه أو بناء  
على طلب دائتيه » . وفي لجنة المراجعة روى أن تنظر دعوى الإحصار على وجه السرعة ، فعلى  
النص على الوجه الذي استقر عليه في التفتين للمنفى الجديد ، تحت رقم ٢٦٢ في المشروع التالى .  
ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٠ ( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٦٦٦ ) .

م ٢٥١ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما أسطر عليه  
في التفتين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٣ في المشروع التالى . ثم وافق  
عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥١ ( مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٦٦٧ -  
ص ٦٦٨ ) .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين للمنفى السوري م ٢٥٠ - ٢٥٢ (مطابقة  
لتنصوص التفتين للمنفى المصرى ) .

التفتين للمنفى العراقى م ٢٧٠ : المدين المقتضى الذى يكون دينه المستحق الأداء أزيد من ماله ،  
إذا غاب حرمته فسيح ماله أو غابوا أن ينفه أو أن يحمله باسم غيره ، وكان يوفهم شيئاً  
على أسباب مشقولة ، وراجعوا المحكمة في حسمه عن التصرف في ماله أو في إقراره بدين لآخر ،  
حسمه المحكمة .

م ٢٧١ ققرة أولى : يكون الحبر بحكم تصدره محكمة البداية بناء على طلب أحد الدائتين .  
( وتحدد الإحصار المنفى في التفتين العراقى كتحديد في التفتين المصرى : علم كفاية أموال  
المدين لوفاء ديونه المستحقة الأداء . والمحكمة سلطة تقديرية تستخلص من عبارة « وكان يوفهم شيئاً »  
شيئاً على أسباب مشقولة » . والدائتان « دون المدين » في التفتين العراقى ، طلب الحبر على المدين ،  
أما في التفتين المصرى فيجوز أيضاً للمدين أن يطلب شهر إحصار نفسه . ومع ذلك فآراء الفكر  
حسن على الفنون في أحكام الالتزام في القانون المنفى العراقى ققرة ١٠١ ص ١٠٠ حيث يلعب  
إلى جواز أن يطلب المدين طلب الحبر على نفسه في القانون المنفى العراقى ) .

٦٩٥ - **المعسر عليه هو المدين المعسر** : من الطبيعي أن يكون المدعى عليه في دعوى الإعسار هو المدين المعسر . وهنا يجب تحديد ما هو المقصود بلفظه المعسر ، فقد قلنا أن الإعسار القانوني ليس ضرورة هو الإعسار الفعلي .

فالإعسار الفعلي هو كما قلنا زيادة ديون المدين على حقوقه <sup>(١)</sup> ، سواء كانت ديونه مستحقة الأداء أو غير مستحقة الأداء ، ما دامت ديوناً محقة الوجود . فلا يدخل في الحساب الديون المتنازع فيها إلى أن تخلو من النزاع ، ولا الديون الملقة على شرط واقف إلى أن يتحقق الشرط . أما الديون المؤجلة ، والديون الملقة على شرط فاسخ ، والديون غير المقدرة ، فإنها تحسب جميعاً . ولكن يجب تقدير الديون غير المقدرة ، للإستيثاق مما إذا كان مال المدين يكفي للوفاء بها هي والديون المقدرة . وإذا تحقق الشرط الفاسخ ، فسقط الدين الملحق على هذا الشرط ، استنزل من مجموع الديون ، وقد ينقلب المدين باستنزال هذا الدين موسراً بعد أن كان معسراً .

هذا هو تحديد الإعسار الفعلي . أما الإعسار القانوني فقد توخى له التقنين المدني تحديداً آخر جملة أقل وقوهاً من الإعسار الفعلي . ونبادر إلى القول - قبل تحديد الإعسار القانوني - أن الإفلاس التجاري هو أيضاً شيء آخر غير الإعسار الفعلي وغير الإعسار القانوني . فالإفلاس التجاري يجوز شهره بمجرد أن يتوقف المدين التاجر عن الوفاء بدين عليه في الميعاد المحدد . ولا ينظر في الإفلاس التجاري إلى ما إذا كان المدين معسراً بالفعل أو غير معسر ، فقد يكون موسراً وتكون له أموال تربي على ديونه أضعافاً مضاعفة ، ولكن إذا كانت هذه الأموال لا يستطيع المدين أن يسدد منها الدين المطلوب ، بأن تكون هي الأخرى ديوناً في ذمة مدني المدين لم تدفع لعدم حلول أجلها أو لتوقف المدينين عن الدفع ، أو تكون عقارات أو متعلقات يتعذر بيعها لوفاء الدين من ثمنها ، أو تنقص هذه الأموال عن الوفاء بالدين لأي سبب آخر ، فإنه يجوز شهر إفلاس المدين ، مهما بلغ من اليسار ، ما دام قد توقف عن دفع دين عليه مستحق الأداء . وهذا هو الذي توجه مقتضيات التعامل التجاري ، فهو تعامل يقوم على الثقة والائتمان فلا بد

(١) أو كما يقال عادة زيادة الخسوم (passif) على الأصول (actif) .

من أن يفي التاجر بدينه في الميعاد المحدد للوفاء ، فلن دأته قد ائتمه والمطمان إلى التعامل معه ، ويطلب أن يكون هذا الآخر مدينةً اعتمد في الوفاء بدينه على أن مدينه سيفيه حقه ، فتي توقف مدينه عن الدفع توقف هو أيضاً عن الدفع لدأته ، وقد يتوقف هذا الدائن هو أيضاً عن الدفع لدأته ، وهكذا دواليك ، فيجر توقف مدين إلى توقف سلسلة من مدينين غيره اعتمد بعضهم على بعض . ومن ذلك زى ما لتوقف المدين التاجر عن الوفاء بدينه من نتائج خطيئة ، ومن ثم كان جزاء هذا التوقف جواز شهر الإفلاس (٢) .

وليس كذلك الإعصار القانوني . فان مجرد توقف المدين عن الدفع ليس بالدليل على إعصاره ، ولا يجر هذا التوقف عادة في المعاملات المدنية كل النتائج الخطيرة التي رأيناها في التعامل التجاري . ومن ثم لم ير المشرع في التقنين المدني الجديد أن يقف عند هذه القرينة لاعتبار المدين معسراً . ولم يقف حتى عند الإعصار الفعلي ، بأن يكون مال المدين لا يكتفى للوفاء بجميع ديونه . بل هو لم يررض أن يجمع بين الأمرين : الإعصار الفعلي والتوقف عن الدفع . وقد كان هذا الطريق أحد طريقين لتحديد الإعصار القانوني في المشروع التمهيدى للتقنين الجديد . فلم تختار لجنة المراجعة هذا الطريق (٣) ، واختارت الطريق الآخر الذي استقر في التقنين الجديد ، وهو أكثر رفقا بالمدين . فلا يكتفى ، حتى يجوز شهر إعصار المدين ، أن تكون أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه ، ولا يكتفى أن يتوقف عن دفع دين مستحق الأداء ، بل يجب أن يكون أشد إعصاراً من كل ذلك ، فتكون أمواله غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الأداء وحدها (٤) . فلو أن أمواله كانت كافية للوفاء بالديون المستحقة الأداء ، لم يجوز شهر إعصاره ، حتى لو كانت

(١) وكذلك قد يكون المدين التاجر معسراً إصاراً ظاهراً أو قانونياً ، ولكنه مادام يدفع ديونه المأاة منه طلباً ولا يتوقف عن الدفع ، فلا يجوز شهر إفلاسه ( الأستاذ حسن شقيق في الإفلاس فقرة ١٤٤ ص ١٧٩ — ص ١٨٠ ) .

(٢) انظر آتفا فقرة ١٩٤ في الخامس في تاريخ المسألة ٢٤٩ — وانظر مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٦٦٢ — ٦٦٤ .

(٣) أو كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « لا يشترط مجرد نقص حقوق الدائن من ديونه ، بل يشترط أيضاً أن تكون هذه الحقوق أقل من البهون المستحقة الأداء ، أي أقل من جزء معين من مجموع الديونه ( مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٦٦٢ )

هذه الأموال غير كافية لوفاء بجميع الديون الحالية والمرجلة<sup>(١)</sup>، وحتى لو توقف عن دفع دين حال .

ونرى من ذلك أن الإصرار القانوني أضيق من الإصرار الفعلي ، وأن للمصر إصراراً فعلياً لا يكون بالضرورة مصرراً إصراراً قانونياً ، وإن كان المصّر إصراراً قانونياً لابد أن يكون مصرراً إصراراً فعلياً . فلو كانت أموال المدين تقلد بعشرة آلاف ، وكانت ديونه الحالية ثمانية آلاف ، وديونه المرجلة أربعة آلاف ، فهذا المدين مصرر إصراراً فعلياً لأن مجموع ديونه الحالية والمرجلة يربى على مجموع أمواله ، وهو غير مصرر إصراراً قانونياً لأن ديونه الحالية لا تزيد على ما عنده من مال . ولو كانت الديون الحالية اثني عشر ألفاً بدلاً من ثمانية آلاف ، لكان المدين مصرراً أيضاً إصراراً قانونياً ، لأن ديونه الحالية أصبحت تربي على أمواله .

على أن الإصرار القانوني ، على ضيقه ، أوسع من الإفلاس التجاري ، فقد رأينا أن مجرد توقف المدين للتاجر عن دفع دينه الحال يميز شهر إفلاسه ، ولو كان هذا المدين غير مصرر ، لا إصراراً قانونياً ولا إصراراً فعلياً<sup>(٢)</sup>.

٦٩٦ - **عبء إثبات الإصرار** : ويقع عبء إثبات إصرار المدين على من يطلب شهر إصراره ، ويكون غالباً أحد دائنيه كما سيأتي . ويمكن إثبات الإصرار - أي عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء - بجميع الطرق لأن الإصرار واقعة مادية . ويجوز الانتفاع بالقرينة القانونية الواردة في المادة ٢٣٩ مدني ، على أن تكون قرينة قضائية . فقد رأينا المادة ٢٣٩ تنص على أنه : إذا ادعى الدائن إصرار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها . فإذا أثبت الدائن ديناً مستحق الأداء في ذمة المدين ، كان للقاضي أن

(١) ولا يقال إن المدين المرجلة تحمل بالإصرار، فإن الدين المرجل لا يحمل إلا بشهر الإصرار ، أي بالإصرار القانوني دون الإصرار الفعلي ، كما سيأتي .

(٢) ولكن لا يرد ما ينع من أن يفتح المدين للتاجر ( كسكن مفروشات ) يشترها للتاجر من نظام الإصرار الفعلي ( القانوني ) في دين مدني لدائن تاجر ( كسكن مفروشات ) يشترها للتاجر من تاجر آخر لأصحائه الخاص ( أو لدائن غير تاجر ( كأجرة المنزل الذي يسكنه التاجر ) . أنظر في هذا المعنى : الأستاذ حسن عليش في الإفلاس، ققرة ١٤٩ ص ١٩٤ - ص ١٩٧ .



يستخلص من ذلك قرينة قضائية على أن هذا المدين مصر ، وهي قرينة قبل إثبات العكس ككل القرائن القضائية ، فيجوز للمدين دحضها إذا هو أثبت أن عنده مالا يكفي للوفاء بهذا الدين المستحق الأداء <sup>(١)</sup> .

### ٦٩٧ - سلطة المحكمة التفسيرية في شهر الإحصاء : وحتى بعد إثبات

أن أموال المدين غير كافية للوفاء بدينونه المستحقة الأداء على النحو الذي قلناه ، فليس من الضروري أن تقضى المحكمة بشهر إحصاءه ، بل إن لها سلطة تقديرية واسعة في ذلك .

فصل المحكمة - كما تقول المادة ٢٥١ مدني - في كل حال ، قبل أن تشهر إحصاء المدين ، أن تراعى في تقديرها جميع الظروف التي أحاطت به ، سواء أ كانت هذه الظروف عامة أم خاصة . فننظر إلى موارده المستقبلية ، ومقدرته الشخصية ، ومسئوليته عن الأسباب التي أدت إلى إحصاءه ، ومصالح دائنيه المشروعة ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المالية .

فالظروف التي تراعيها المحكمة إذن في تقديرها هي الظروف العامة التي أصبر فيها المدين ، وكذلك الظروف الخاصة بشخصه ، فالظروف العامة مثلها أزمة اقتصادية طاحنة سببت إحصاء كثير من الناس ، أو حرب نشبت ، أو ثورة اندلعت ، أو فيضان استثنائي ، أو آفة زراعية انتشرت ، أو نحو ذلك من الظروف التي تم جميع الناس ولا تخص للمدين وحده .

(١) الأستاذ حسن شفيق في الإفلاس فقرة ٢٨ - وقد قضى بأن توقف المدين من دفع أحد دينونه المستحقة قرينة على إحصاءه ، فيصين حل المدين ، إذا أراد تلافى الحكم بشهر إحصاءه ، أن يثبت أنه رغم توقفه عن الدفع فإن لديه ما يكفي لسداد دينونه المستحقة ( الاسكتندرية الكلية القرطبية ٩ أبريل سنة ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء ٢ رقم ١٢ ص ٢١١ ) . وفتت محكمة النقض - في عهد المحققين المدعي السابق حيث لم يكن يوجد نص يقابل المادة ٢٤٩ - بأن الإحصاء هو حالة قانونية تستفاد من أن أموال الشخص ليست كافية للوفاء بدينونه المستحقة عليه . وهو بهذا المعنى لا يقوم على نفي حطق بصلر إثباته ، بل يقوم على أمر واقع له علاماته التي تشبه عليه . حل أن المقرر في الإثبات أنه إذا كانت قرينة الدفعة سلبية وكانت متنبهة التي ، كان على مدعيا إثبات خلافها من أكانه تحريكها إلى قضية سلبية . فإذا لم يكن ذلك مؤكداً ، أو كانت الواقعة غير متنبهة التي ، فإن مدعيا يحتر حاجزاً عن إثبات دعواه ( نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ جملة محر ٥ رقم ٢٢ ص ٨٠ ) .

. والظروف الخاصة بالمدين يجب أيضاً أن تراعى المحكمة<sup>(١)</sup> في تقديرها لشهر الإعسار أو الامتناع عن شهره . وهذه الظروف الخاصة إما أن ترجع إلى الماضي ، كسببته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره ، وهل كان حسن النية عاثر الحظ ، أو كان مبنياً متلاًفاً . وإما أن ترجع الظروف الخاصة إلى الحاضر ، مثل ذلك مصالح دائنيه المشروعة فقد تستوجب شهر إعساره ، ومثل ذلك أيضاً رغبة المدين أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه . وإما أن ترجع الظروف الخاصة إلى المستقبل ، مثل ذلك موارد المدين المستقبلية ، فقد ينتظر لأعماله الرواج بعد فوات أزمة عارضة ، ومثل ذلك أيضاً مقدرة الشخصية فقد يكون طبيباً ماهراً أو مهنياً حاذقاً فيمكن الاعتماد على عمله في المستقبل وتصادى شهر إعساره في الحال<sup>(٢)</sup>

وغنى عن البيان أن المحكمة ، وهي تقدر هذه الظروف العامة والخاصة ، قد تلمس فيها ما يشفع للمدين ، ويقيه شهر الإعسار ، فيقوم ذلك إلى حد كبير مقام الصلح الوافي (concordat préventif) في المعاملات التجارية<sup>(٣)</sup> .

## ٦٩٨ - المرحى في دعوى الإعسار - أحمد - المراجع : أما المسمى في دعوى شهر الإعسار فيكون غالباً أحد دائي المدين المصر . وللدائن في ذلك

- ١ - هذا وإذا كان المدين هو الذي طلب شهر إعسار نفسه - كما سيأتى - لإقراره بالإعسار حجة عليه ، إلا إذا ثبت لقاضي أنه قصد بالإقرار التصالح .
- (١) وهذا بخلاف الحكم نظرية الظروف الطارئة ، حيث تنص المادة ١٤٧ فقرة ٢ على ضرورة أن تطرأ حوادث استثنائية عامة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين .
- (٢) الأستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام فقرة ١٥٠ ص ٢١٠ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ... لقاضي سلطة رعية الحدود ، تتيج له تقدير جميع ظروف المدين ، وأخذ بالشدة أو اسطناع الرفق في معاملته ، وفقاً لأحواله العامة والخاصة . وقد يكون في الأحوال العامة ما يهين لمصلحة المدين ، كما لو عرضت له عسرة موقوفة في خلال أزمة اقتصادية شاملة . ويراعى من ناحية أخرى أن أحوال المدين الخاصة التصيب الأوفى في توجيه الحكم على مركزه ، فمن ذلك مثلاً كفايته الشخصية (وهي التي يتوقف عليها إلى حد بعيد تقدير ما يربى له من فرص التوفيق في مستقبله) ، وسنته ، وحرصه ، ومركزه الاجتماعي ، ومصالح دائنيه المشروعة ، ومدى مسئولته عن إعساره ، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المادية » (مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ٦٦٢ - ص ٦٦٣) .
- (٣) الأستاذ حسن شفيق في الإفلاس فقرة ٤٧ .

مصالح شئ . فقد يخشى ، بعد أن يتقن من إعمار المدين ، أن يستبد بالمدين اليأس فيبادر إلى تبديد ماله ، أو إخفائه ، أو التصرف فيه للإضرار بحقوق دائنيه <sup>(١)</sup> . فيسهل على الدائن ، بعد أن يشهر إعمار المدين ، أن يلغى جميع هذه التصرفات . بل انه ليعرض المدين إلى عقوبة جنائية ، هي عقوبة التبديد ، إذا شهر إعماره وأقدم المدين مع ذلك على إخفاء بعض أمواله ، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها بقصد الإضرار بدائنيه ، أو تعمد الإضرار في دعوى الدين التي رفعها عليه دائته (م ٢٦٠ مدني) ، كما سيأتي <sup>(٢)</sup> .

وقد يكون الدائن ، بعد أن يتقن من إعمار مدينه ، يخشى أن يبادر دائتوه الآخرون إلى أخذ اختصاصات على عقاراته يتقدمون بها في استيفاء حقوقهم ، لأسباب بعد أن أصبح حق الاختصاص في التقنين المدني الجديد لا يؤخذ إلا بناء على حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ مدني) ، فيسبقه إلى الحصول على هذا الحكم دائتونه آخرون ، ويبقى هو أمداً طويلاً قبل أن يحصل على حكم واجب التنفيذ . يستطيع بموجبه أن يأخذ حق اختصاص . وفي مثل هذه الظروف يؤثر الدائن أن يبادر إلى شهر إعمار مدينه ، وما دام هو لا يزال أمامه وقت طويل قبل أن يستطيع الحصول على حكم يأخذ حق اختصاص بموجبه ، فلا أقل من أن يمنع الدائنين الآخرين من أن يفعلوا ذلك فيتقدموا عليه دون مبرر .

وقد يكون الدائن حقه مؤجلاً ، ويتقن من إعمار مدينه ، فيخشى أن ينتظر حلول الأجل فلا يجد عند المدين مالا يستوف منه حقه . فيبادر إلى شهر إعمار المدين ، متمسكاً بدَيْن حال ، غير الدين المؤجل ، لا تكفي أموال المدين للوفاء به . فإذا ما شهر إعمار المدين ، سقط الأجل في الدين المؤجل ، وبادر الدائن إلى التنفيذ بحقه ، والحصول على قسط منه ، بدلاً من أن يصحبه كله <sup>(٣)</sup> .

(١) وتقول المادة ٢٧٠ من التقنين المدني العراقي : « إذا خاف غرمائز ضياع ماله ، أو خافوا أن يخفيه ، أو أن يجهل باسم غيره » .

(٢) ونرى أنه حتى لو لم يوجد للمدين إلا دائن واحد ، فإن هذا الدائن يستطيع أن يرفع دعوى شهر الإضرار ، وذلك حتى يظل يد المدين من التصرف في أمواله ، مع ترميض العقوبة الجنائية . وإذا جاز للدائن الواحد أنه يشهر إفلاس مدينه (انظر الأستاذ محسن شقيق في الإفلاس ققرة ١٦٨ ص ٢١٩ - ص ٢٢١) ، مع تمتد إجراءات الإفلاس وخطر نتائجها ، فأولى أن يجوز للدائن الواحد أن يشهر إعمار مدينه ، وله في ذلك مصلحة واضحة .

(٣) والدائن ذو الحق المؤجل لا يتسكك في شهر إعمار المدين ، بحقه هو لأنه غير حاله ، =

٦٩٩- المسمى في دعوى شهر الإحصار هو المسمى نفسه : تقول المادة ٢٥٠ مدني ، كما رأينا ، أن شهر الإحصار يكون بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه . وقد عرضنا للدوافع التي تحث بالدائن على أن يطلب شهر إحصار مدينه ، فبقي أن تبين الدوافع التي تحث بالمدين نفسه على أن يطلب شهر إحصاره .

قد يرى المدين أن الدين قد أثقلته ، وأن الظروف التي تحيط به تشفع له ، فيعتمد إلى طلب شهر إحصاره حتى يستطيع الحصول على منحه آجلاً للدين الحالية ، وحتى يمد الآجال بالنسبة إلى الدين المؤجلة ( م ٢٥٥ ققرة ٢ مدني وسياقي بيانها ) ، فيتمكن بذلك من تسوية حالته المالية في هدوء وطمأنينة . ويشبه هذا في الإفلاس التجاري الصلح مع الدائنين ( concordat ) .

وقد يكون للمدين غارفاً في ديونه ، تنال عليه الحجز من كل جانب ، وقد حيزت إيراداته فنع مورد رزقه ، فيعتمد إلى طلب شهر إحصاره حتى يستطيع الحصول على نفقة ( م ٢٥٩ مدني وسياقي بيانها ) يقاتل منها إلى أن تم تصفية أمواله<sup>(١)</sup> .

وأكثر ما يتحقق طلب المدين شهر إحصار نفسه يكون في دعوى يرفعها عليه أحد دائنيه ، فيطلب أثناء نظر هذه الدعوى شهر إحصار نفسه<sup>(٢)</sup> .

= وإنما يحسك بحق حال ، ولو لدائن آخر ، لا تكفي أموال المدين لوفائه . وقد قضت محكمة شين الكوم الكلية بأن دعوى شهر إحصار المدين لا تجوز إقامتها إلا عند حلول سداد الوفاء بالدين ، ولا يجوز رفعها قبل ذلك طبقاً للمادة ٢٤٩ من القانون المدني الجديد . وتقول المحكمة بحق : « وأما ما تعرضت له المدعية بمذكرتها من أن الآجل يسقط ويصبح الدين مستحق الأداء بالمادتين ٢٥٥ و ٢٧٢ ، فراجعته في التفسير إلى صدور حكم بالإحصار ، ونص المادة ٢٧٢ صريح في ذلك » ( شين الكوم الكلية ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣١ رقم ٣٩٥ من ١٣٧٥ ) . (١) انظر للملازمة الإيضاحية للشروع التمهيدى لفتنن المدني الجديد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٢ .

(٢) ويجوز للمدين أن يطلب شهر إحصار نفسه بدعوى يرفعها ابتداء أمام المحكمة الابتدائية التي يقيمها موطنه ، ويكون دائنوه هم الخصوم في هذه الدعوى . وهذا يختلف شهر المدين المهاجر إفلاس نفسه ، فقد ورد فيه نص خاص ، إذ قضت المادة ١٩٧ من التفتين التجاري بأن والمكمل بإظهار الإفلاس بناء على طلب المدين المفلس يكون بمجرد تقديمه تقريراً إلى قلم كتاب المحكمة الكائن على في - رد اعصابها بأنه وقف من دفع ديونه<sup>(٣)</sup> .

## ٧٠٠ - شهر الإحصار لا يطلب التغطية العامة ولا تخفى به المحكمة

من تلقاء نفسها : وفي الإفلاس التجاري يجوز لتغطية العامة طلب شهر إفلاس المدين التاجر ، ويجوز للمحكمة أن تشهر إفلاس التاجر من تلقاء نفسها . فقد نصت المادة ١٩٦ من التقنين التجاري على أن : الحكم بإشهار الإفلاس يجوز أن يصدر بناء على طلب نفس المدين المفلس أو طلب مدائنيه أو الوكيل عن الحضرة الخدمية أو تصدره المحكمة من تلقاء نفسها . وليس هنا محل الكلام عن الإفلاس التجاري ، وكيف تطلبه التغطية العامة ، أو تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها . والذي يمتينا أن نبينه في هذا الصدد أن الإحصار للمدني لا يخضع لهذا النظام ، إذ لا يوجد نص في تنظيم الإحصار يسمح به ، بل إن نص المادة ٢٥٠ مدني يقضي ، كما رأينا ، بأن يكون شهر الإحصار بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه . فلم يذكر النص التغطية العامة ، ولم يبح للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بشهر إحصار المدين غير التاجر ، وذلك لأن الاعتبارات التي تستوجب هذا الحكم في المعاملات التجارية لا وجود لها في المعاملات المدنية<sup>(١)</sup> .

## المبحث الثاني

### إجراءات دعوى الإحصار

## ٧٠١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٥٢ من التقنين المدني

على ما يأتي :

و مدة المعارضة في الأحكام الصادرة في شأن الإحصار ثمانية أيام ، ومدة استئنافها خمسة عشر يوماً ، تبدأ من تاريخ إعلان تلك الأحكام .

(١) لاسيما — كما يقول الأستاذ حسن شفيق (الإفلاس ققرة ٣٠ ص ٥٥) — أن تحويل المحكمة حق شهر الإفلاس من تلقاء نفسها خروج عن القواعد العامة ، وعمل انفراد بعض القضاة .

وتنص المادة ٢٥٣ على ما يأتي :

١٥ - على كاتب المحكمة في اليوم الذي تقيد فيه دعوى الإحصار أن يسجل صحيفة في سجل خاص يرتب بحسب أسماء المصيرين ، وعليه أن يؤشر في هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر في الدعوى ويكمل حكم يصدر بتأييده أو بإلغائه ، وذلك كله يوم صدور الحكم .

٢٥ - وعلى الكاتب أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها في سجل عام ، ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل .

وتنص المادة ٢٥٤ على ما يأتي :

« يجب على المدين إذا تغير موطنه أن يخبر بذلك كاتب المحكمة التي يبيعها موطنه السابق . وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغير الموطن ، سواء أخطره المدين أم علم بذلك من أى طريق آخر ، أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الإحصار ومن البيانات المؤشر بها في هامش التسجيل إلى المحكمة التي يبيعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها في سجلاتها <sup>(١)</sup> . »

#### (١) تاريخ التصور :

م ٢٥٢ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في المقتنين المبنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٦٩) .

م ٢٥٣ : ورد هذا النص في المادة ٣٣٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « على كاتب المحكمة أن يقيد الأحكام الصادرة بإشهار الإحصار ، يوماً فيوماً ، في سجل عام يرتب بحسب أسماء المصيرين ، وطبقاً لما يقتضيه نظام القهارس . وعليه أن يؤشر في هامش التقيد المذكور بكل حكم يصدر بتأييد أو إلغاء حكم سابق . وفي لجنة المراجعة أضيفت فقرة ثانية إلى النص على الوجه الآتي : « وعليه أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة الأحكام لتقيدها في سجل عام ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل » ، وأصبح رقم المادة ٢٦٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة الشيوخ رأى وجوب أن يكون تسجيل صحيفة الدعوى وتقيدها في سجل المحكمة واحدة ، ووجوب البدء بالكلام على تسجيل صحيفة الدعوى طبقاً لترتيب القبطي ، وهذا إجراء تستلزمه حماية مصالح الغير . فعزل النص على الوجه الذي استقر عليه في المقتنين المبنى الجديد ، وأصبح رقم المادة ٢٥٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٠ - ص ٦٧٢) .

ولامقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٢٥٣-٢٥٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٢٧١ فقرة ٣ و٢ (١)

٧٠٢- المحكم المختص بالمحكم بشهر الإعصار : وقد قلنا أن المادة ٢٥٠ مدني تقضي بأن المحكمة المختصة بالمحكم بالإعصار هي المحكمة الابتدائية التي يقيمها موطن المدين الممسر ، فلا تختص المحاكم الجزئية إذن بنظر دعاوى الإعصار .

٧٠٣- نظر الدعوى على وجه السرعة - تقصير مواعيد المعارضة والاستئناف : وتقضي المادة ٢٥٠ مدني أيضاً أن تنظر دعوى الإعصار على وجه

م م ٢٥٤ : ورد هذا النص في المادة ٣٢٩ من المشروع التمهيدى عل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٤ (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ ص ٦٧٣ - ص ٦٧٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥٣-٢٥٤ (مطابقتان للمادتين ٢٥٣ و٢٥٤ من التقنين المدني المصري، فيما عدا أن كاتب محكمة موطن المدين الممسر ، في التقنين السوري ، يرسل إلى ديوان وزارة العدل - لا إلى محكمة العاصمة كما في التقنين المصري - صورة التسهيلات والتأثيرات لإبانتها في سجل عام . ولا مقابل في التقنين السوري المادة ٢٥٢ من التقنين المصري وهي المادة التي تقصر مواعيد المعارضة والاستئناف) .

التقنين المدني العراقي م ٢٧١ فقرة ٢ : ويجوز لأي دائن بمقتضى هذا الحكم (حكم المحجر على المدين الممسر) أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار يحجز جميع أموال المدين الممسر من عقارات ومقتولات وديون في ذمة الغير ، عدا الأموال التي لا يجوز حجزها . ويحق المحجر على أموال المدين قائماً لمصلحة جميع الدائنين حتى ينتهى المحجر . فقرة ٣ : ويقام المدين نفسه حارساً على أمواله المحجوز عليها ، إلا إذا قضت الضرورة بغير ذلك .

أوبتين من نصوص التقنين العراقي أنه لا يمكن المحكم بحجر المدين وشهر هذا الحكم ، بل يجب أيضاً أن يتبع ذلك حجز كل أموال المدين لمصلحة جميع الدائنين . ويقام المدين ، بغير الإمكان ، حارساً على أمواله ، حتى يكون مستولاً من تبعها - انظر الدكتور حسن على هرون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٠١) .

السرعة . فبين في صحيفة الدعوى موضوعها وطلبات المدعى فيها بالإيجاز (٧١م مرافعات) . وتقدم على غيرها من الدعاوى العادية ، ولا يقبل فيها طلب التأجيل لإحتمال الضرورة ، ولأجل قريب ، وتقدم الدعوى مباشرة إلى المحكمة دون عرضها على التحضير . وقد نصت المادة ١١٨ من تقنين المرافعات ، في هذا الصدد ، على أن « الدعاوى المستعجلة ودعاوى شهر الإفلاس ... وكل الدعاوى التي ينص القانون على وجوب الفصل فيها على وجه السرعة ... تقدم مباشرة إلى المحكمة دون عرضها على التحضير . ويتعين على المدعى فيها أن يودع مستنداته فلم الكتاب عند قيد دعواه ، ويقدم للمدعى عليه ما يكون لديه من مستندات في جلسة المرافعة نفسها ، وفي جميع الأحوال تعطى المحكمة المختصوم المواعيد المناسبة للاطلاع على المستندات والرد عليها . وكلما اقتضت الحال تقديم مستندات أو طلبات عارضة أو إدخال خصوم ، حددت المحكمة المواعيد التي يجب أن يتم فيها ذلك » .

والحكم الذي يصدر في الدعوى بشهر الإحصار يكون قابلاً للمعارضة إذا صدر غيابياً ، ولكن مواعيد المعارضة تقصر إلى ثمانية أيام من تاريخ إعلان الحكم النهائي للمدعى (٢٥٢م مدني) . ويلاحظ أن المادة ٣٨٦ من تقنين المرافعات تنص على أنه لا تجوز المعارضة في الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة ولا في المواد التي يوجب القانون الحكم فيها على وجه السرعة . وكان هذا النص يقتضي ألا تجوز المعارضة في الحكم الذي يصدر بشهر الإحصار ، لأن الدعوى تنظر على وجه السرعة كما قلنا . ولكن لم ينسق التقنين المدني مع تقنين المرافعات في هذه المسألة ، فتعارضاً . ولا بد من القول ، لئلا هذا التعارض ، بأن الحكم الذي تضمنته المادة ٢٥٢ مدني من جواز المعارضة يعتبر استثناء من القاعدة العامة التي قررتها المادة ٣٨٦ مرافعات من أن المعارضة لا تجوز في المواد التي يوجب القانون الحكم فيها على وجه السرعة . وتعتبر المادة ٢٥٢ مدني ، وهي تجعل ميّعاد المعارضة ثمانية أيام ، استثناء أيضاً من المادة ٣٨٨ مرافعات ، وهذه تنص على أن « ميّعاد المعارضة خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان الحكم النهائي ، مالم يقض القانون بغير ذلك » ، وهنا قضى القانون بأن يكون الميّعاد ثمانية أيام كما قلنا .

ويكون الحكم الصادر في دعوى شهر الإحصار ، سواء صدر بشهر الإحصار أو بالرفض ، قابلاً للاستئناف . فلو أن الدائن رفع الدعوى على المدين يطلب



شهر إحصاره ، وصدر الحكم ابتداءً بشهر الإحصار ، جاز للمدين المحكوم عليه بشهر إحصاره أن يستأنف الحكم أمام محكمة الاستئناف التي تستأنف أمامها أحكام المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم الابتدائي .

وكذلك إذا صدر الحكم الابتدائي برفض شهر الإحصار ، جاز للدائن استئنافه .  
وميعاد الاستئناف ، كما تقتضى بذلك المادة ٢٥٢ مدنى ، هو خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ إعلان الحكم . وهنا أيضاً لم ينسّق التفتين المدنى مع تقنين المرافعات فقد نصت المادة ٤٠٢ مرافعات على ما يأتى : « ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، يكون ميعاد الاستئناف عشرين يوماً لأحكام محاكم المواد الجزئية وأربعين لأحكام المحاكم الابتدائية ، ويتقص هذان الميعادان إلى النصف فى مواد الأوراق التجارية . ويكون الميعاد عشرة أيام فى المواد المستعجلة والمواد التى يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة أياً كانت المحكمة التى أصدرت الحكم . » وكان مقتضى هذا النص أن يكون ميعاد الاستئناف فى دعوى شهر الإحصار ، وهى دعوى تنظر على وجه السرعة كما قلنا ، عشرة أيام لائحة عشر يوماً . ولا بد من القول هنا أيضاً أن الحكم الذى تضمنته المادة ٢٥٢ مدنى من جعل ميعاد الاستئناف خمسة عشر يوماً هو استثناء من القاعدة العامة التى قررتها الفقرة الثانية من المادة ٤٠٢ مرافعات من أن ميعاد الاستئناف فى المواد التى تنظر على وجه السرعة هو عشرة أيام فقط .

#### ٧٠٤ — الحكم الصادر بشهر الإحصار منقضى ولا يشفى وهو محبذ

على الملاحظة : والحكم الصادر بشهر الإحصار هو حكم منقضى لحالة قانونية جديدة ، فقد نقل المدين إلى حالة إحصار يرتب عليها القانون نتائج هامة . ولا يقال ان الحكم إنما كشف عن حالة المدين للمصر ، فقد قلنا أن الإحصار هو حالة قانونية يشترط فى قيامها أوضاع خاصة ، وهذه الأوضاع هى التى تنشأ الحالة القانونية (١) .

---

(١) انظر مكرس ذلك الأستاذ محسن شفيق فى الإطلس فقرة ٢٩ — وانظر فى أن الحكم كالمف لا منقضى فى الحالة الممارسة لقانون المدنى الفرنسى حيث لم ينظم الإحصار ولم يحل شهره موكولا إلى حكم : بلايول وريير ودوران ٧ فقرة ٨١٢ .

ولما كان الحكم ينشئ حالة قانونية جديدة ، فهو حجة على الكافة .  
والمدن الذى شهر الحكم إصداره يعتبر معسراً ، لا بالنسبة إلى الدائن الذى رفع  
دعوى شهر الإعصار وحده ، بل أيضاً بالنسبة إلى سائر الدائنين ، وكذلك  
بالنسبة إلى الغير ممن قد يتصرف له المدین فلا ينفذ تصرفه . ذلك أن حالة  
الإعصار لا تنجز ، ولا يصح أن يعتبر المدین معسراً بالنسبة إلى بعض ، وموسراً  
بالنسبة إلى الآخرين<sup>(١)</sup> . ويترب على أن الحكم بشهر الإعصار حجة على الكافة  
أمران : (١) يجوز لكل ذى مصلحة - كدائن لم يدخل فى الدعوى أو شخص  
تصرف له المدین المعسر - أن يطن فى الحكم بشهر الاعصار عن طريق اعتراض  
الخارج عن الخصومة ، إذا أثبت أن دعوى شهر الاعصار إنما رفعت غشاً بالتواطؤ  
بين طرفى الدعوى أو أن المدین قد أهمل إعمالاً جسيماً فى الدفاع عن نفسه ونجم عن  
هذا الإهمال أن حكم بشهر إعصاره م ٤٥٠ فقرة ١ مرافعات . (٢) مادام  
الحكم حجة على الكافة ، فقد كفل له القانون وسائل للعلانية حتى يتمكن  
ذوو الشأن ومن لهم مصلحة أن يعلموا به . وهذا ما منتقل الآن إليه .

٧٠٥ - المعونة التى نظمها القانون للحكم الصادر بشهر الإعصار :  
كفل القانون العلانية للحكم الصادر بشهر الاعصار عن طريقين : (١) طريق  
قلم كتاب المحكمة الابتدائية التى أصدرت الحكم بشهر الاعصار ، وهذه هى الجهة  
المحلية للإعلان عن الحكم . (٢) طريق قلم كتاب محكمة مصر الابتدائية ، وهذه  
هى الجهة المركزية الرئيسة للإعلان عن الحكم .

أما عن الجهة المحلية ، فقد قضت المادة ٢٥٣ مدنى ، كما رأينا ، بأن كاتب  
المحكمة الابتدائية التى رفعت أمامها دعوى شهر الاعصار ينظم سجلاً خاصاً  
مرتباً بحسب أسماء المعسرين حتى يتيسر البحث فيه . وعليه ، بعد أن تقيد دعوى  
الاعصار ، أن يسجل صحيفة الدعوى فى هذا السجل الخاص ، تحت اسم المدین  
المطلوب شهر إعصاره . ومتى صدر الحكم فى الدعوى ، أشر يوم صدوره ، فى  
هامش التسجيل المذكور ، بالحكم الصادر . وإذا طعن فى الحكم بالمعارضة  
أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر أو اعتراض الخارج عن الخصومة ،

(١) انظر الأسطوخودوس فى الإللاس فقرة ٢٩ .

أشر ، في هامش التسجيل أيضاً ، بالحكم الصادر في الطعن المذكور بالتأيد أو بالانقضاء ، ويكون ذلك يوم صدور الحكم . وبذلك تجتمع في هذا السجل الخاص ، تحت اسم كل مدين رفعت عليه دعوى شهر الإعسار ، صورة كاملة عن تاريخ رفع الدعوى وصحتها وعمّا صدر من الأحكام فيها . فيستطيع كل ذي شأن أن يعرف ، من واقع هذا السجل الخاص ، حالة المدين وعمّا إذا كانت دعوى الإعسار قد رفعت عليه وبماذا حكم في هذه الدعوى ، فيقبن الحالة على حقيقتها . ولما كان هذا السجل الخاص موجوداً في المحكمة الابتدائية التي يقيمها موطن المدين ، وكان هناك احتمال في أن يغير المدين موطنه ، فلا بد من إرسال هذه البيانات إلى المحكمة التي بها موطن المدين الجديد لنقلها في سجلها الخاص ، لأن من يريد بحث حالة المدين إنما يبحث في قلم كتاب المحكمة التي يوجد بها موطنه الأخير وهو للوطن الظاهر أمامه . ومن ثم قضت المادة ٢٥٤ مدني بأن المدين الذي شهر إعساره ، إذا غير موطنه ، وجب عليه أن يخبر بذلك كاتب المحكمة التي يتبعها موطنه السابق وهي المحكمة التي قيد في سجلها الخاص حكم شهر الإعسار . وسواء علم هذا الكاتب بالموطن الجديد من المدين نفسه أو من شخص آخر كدائن أو أي ذي مصلحة ، فإنه يجب عليه أن يرسل حل نفقة المدين صورة من حكم شهر الإعسار ومن البيانات المؤثر بها في هامش التسجيل إلى المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها في سجلها الخاص . وبذلك يستطيع البحث عن حالة المدين في قلم كتاب المحكمة التي يتبعها موطنه الأخير ، حتى لو غير موطنه أكثر من مرة <sup>(١)</sup> .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٣ - ص ٦٧٤ .

وفي من البيان أنه لا يزال هناك احتمال ألا يخبر المدين كاتب المحكمة بتغيير موطنه وألا يعلم الكاتب من طريق آخر بهذا التغيير ، فلا يستطيع الاحتذاء على حالة المدين في موطنه الجديد . ومن أجل ذلك كان المشروع التمهيدى ( ٣٤٨ م ) ينص على مقربة المدين لدى شهر إعساره بمقربة الجديد . حالة ما إذا غير بطريق النشر موطنه دون أن يوجه الإعسار اللازم إلى كاتب المحكمة ، وترتب على التغيير ضرر لدائنيه . ولكن لجنة المراجعة رأت عدم التوسع في العقوبات ، فسلفت هذه المقربة . ونرى أن المادة ١٥٧ مدني تقضى بأنه متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يبرى في حق الدائنين أى تصرف المدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيدها في التزاماته ، كما لا يبرى في حقهم أى وفاة يقوم به المدين . وكان المشروع التمهيدى لهذه المادة =

وننقل الآن إلى الجهة المركزية . فقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٢٥٣ نصت على ما يأتي : « وعلى الكاتب أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأثيرات لإثباتها في سجل عام ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل » . والفرض من ذلك أن تكون هناك جهة مركزية ينظم فيها سجل عام تنقل فيه صورة من التسجيلات والتأثيرات التي قيدت في السجلات الخاصة بجميع المحاكم الابتدائية في البلاد . وبذلك تتوحد جهة مركزية يستطيع الباحث إذا رجع إليها أن يعلم بحالة المدين في أي موطن كان <sup>(١)</sup> .

## الفرع الثاني

### الآثار التي تترتب على حالة الإعسار

٧٠٦ - نوعاه من الآثار : يترتب على شهر إعسار المدين نوعان من الآثار : (١) آثار بالنسبة إلى المدين (٢) وآثار بالنسبة إلى الدائنين .

== (م ٣٤٤ من المشروع) يضيف في آخر النص العبارة الآتية : « كل ذلك دون إعلان بمفروق الغير الذين لم يكن في استطاعتهم أن يعلموا بحالة الإعسار » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع المقتضى في صدر هذه العبارة ما يأتي : « ولا يرد على هذه القاعدة إلا استثناء واحد ، يعرض في القانون ، حيث يمنع على الغير العلم بإعسار المدين من جراء عدم تسجيل حكم شهر الإعسار في قلم كتاب المحكمة ، بسبب تغيير المدين لمحله غشاً » . ولكن العبارة حلفت في لجنة المراجعة ، وبذلك لم يحد تغيير المدين محل موطنه غشاً جزاء خاص ، جنائي أو مدني ، وترك الأمر إلى للقواعد العامة ، فيكون المدين الذي غير موطنه غشاً هو المستول أمام من تصرف له ، مع اعتبار المحسوف غير سار في حق الدائنين . انظر مجموعة الأعمال التفسيرية ٣ ص ٦٨٠ - ص ٦٨٢ . (١) ولا يزال هذا السجل العام لم يتم تنظيمه حتى الآن ، ولم يصدر قرار من وزير العدل بذلك - هذا ولا توجد وسائل إعلان لحكم شهر الإعسار غير ماقتناه ، ولم يوجب القانون التصديق أو الإعلان في الصحف ، وهي إجراءات إن جازت في المعاملات التجارية لا للإعلان عن الحكم من أهمية في هذه المعاملات ، فهي لا ضرورة لها في التواصل المدني . على أن الإعلان عن حكم الإعسار - ولو عن طريق تنظيم سجلات لذلك في ألقام كتاب المحاكم - ضروري لتسهيل مركز المدين من دائنيه ومركز الدائنين بعضهم من بعض ، لاسيما بالنسبة إلى الإجراءات القروية التي قد يخلطها بعض الدائنين .

## المبحث الأول

### بالنسبة إلى المدين

٧٠٧ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٥٧ من القانون المدني

على ما يأتي :

« متى سجلت صحيفة دعوى الإحصار ، فلا يسرى في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن يقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أي وفاء يقوم به المدين » .

وتنص المادة ٢٥٨ على ما يأتي :

١ - يجوز للمدين أن يتصرف في ماله ولو بغير رضا الدائنين ، على أن يكون ذلك بشئ المثل وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع » .

٢ - وإذا كان الثمن الذي يبيع به المال أقل من ثمن المثل ، كان التصرف غير سار في حق الدائنين ، إلا إذا أودع المشتري فوق الثمن الذي اشترى به ما نقص من ثمن المثل » .

وتنص المادة ٢٥٩ على ما يأتي :

« إذا أوقع الدائنون الحجز على إيرادات المدين ، كان لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإحصار أن يقرر للمدين ، بناء على عريضة يقدمها ، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة . ويجوز التظلم من الأمر الذي يصدر على هذه العريضة في مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره إن كان التظلم من المدين ، ومن تاريخ إعلان الأمر للدائنين إن كان التظلم منهم » .

وتنص المادة ٢٦٠ على ما يأتي :

« يعاقب المدين بقوة التهديد في الحالتين الآتيتين :

« (١) إذا رفعت عليه دعوى بدين تعتمد الإحصار بقصد الإضرار بالدائنين ، وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر لإحصاره » .

٥ (ب) إذا كان بعد الحكم بشهر إحصاره ، أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها ، وذلك كله بقصد الإضرار بدائتيه ؛<sup>(١)</sup> .

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٢٥٧ : ورد هذا النص في المادتين ٣٤٤ و ٣٤٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :  
م ٣٤٤ — متى سجلت صحيفة دعوى الإحصار ، فلا يسرى في حق الدائنين أى تصرف قسدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أى وفاء يقوم به الدين ، كل ذلك دون إخلال بحقوق الغير الذين لم يكن في استطاعتهم أن يملأوا بحالة الإحصار . م ٣٤٥ : ١٥ — غير أنه يجوز للدين ، بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الدين ، أن يبيع كل ماله أو بعضه ، على أن يخصص المثل لوفاء ديونه . ٢ — فإذا لم يتفق الجميع على طريقة توزيع هذا الثمن ، تمين لإيداعه خزينة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع . — وفي لجنة المراجعة حذفت المادة ٣٤٥ ، وحذف من المادة ٣٤٤ العبارة الأخيرة وهي : وكل ذلك دون إخلال بحقوق الغير الذين لم يكن في استطاعتهم أن يملأوا بحالة الإحصار ، ما دام هناك جهة مركزية موحدة لشهر أحكام الإحصار . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقمه ٢٦٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٧ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٠ وص ٦٨٢ ) .

م ٢٥٨ : ورد هذا النص في المادة ٣٤٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ٥ ويجوز أيضاً للدين أن يصرف في ماله ولو بغير رضا الدائنين ، على أن يكون ذلك ضمن المثل وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن بخزينة المحكمة ليستوفي الدائنون منه حقوقهم . وفي لجنة المراجعة حوّل النص تصويراً لفظياً وأضيفت إليه فقرة ثانية ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وصار رقمه ٢٧٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٨ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٣ — ص ٦٨٤ ) .

م ٢٥٩ : ورد هذا النص في المادة ٣٤٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق تقريباً لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٧١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب بعد تعديلات لفظية جعلته مطابقاً لكل المطابقة . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٩ . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٥ — ص ٦٨٧ ) .

م ٢٦٠ : ورد هذا النص في المادة ٣٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ٥ مطالب الدين الذي أشهر إحصاره بقبولة التمهيد في الحالات الآتية : (أ) إذا وضعت عليه دعوى بدين ، خصم الإحصار شخصاً وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين : (ب) إذا كان بطريق النشر ، وبعد الحكم بإشهار إحصاره ، قد أقر دائناً على آخر ، أو أخفى بعض أمواله ليحول بين الدائنين والتنفيذ عليها ، أو ادعى لنفسه ديوناً صورية أو ديوناً مبالغاً فيها . (ج) إذا غير بطريق النشر موطنه ، وتزجى على ذلك التخيير ضرر للدائنين . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة (ج) ولمدمج في الفصول ، وأصبحت المادة رقمها ٢٧٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس =

ولاحقاب مله النصوص في التقنين للسابق.

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٢٥٧ - ٢٦٠ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٢٧٢ و ٢٧٤ و ٢٧٦ و ٢٧٧<sup>(١)</sup>.

وهذه النصوص تكفل حماية الدائنين من تصرفات المدين عن طريقين : (١) منع نفاذ هذه التصرفات في حقهم (٢) تعريض المدين لعقوبات جنائية إذا صدرت منه أعمال معينة . ثم هي في الوقت ذاته ترحي جانب الرأفة بالمدين ، فتجيز أن تقدر له نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة .

٣- القواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أدخلت تعديلات لغاية جعلت النص مطابقاً لما أسطرته في التقنين الجديد ، وأصبحت المادة فيها ٢٦٠ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما حدث لها قبله (بمجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٦٨٨ - ص ٦٩٠) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥٧ - ٢٦٠ (مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٢٧٢ - ينطبق على المدين المحجور وعلى من كرمه نفقته في مدة الحجر من ماله . فإذا أوقع الدائنون الحجر على إيراداته ، كان لرئيس المحكمة المختصة بالحجر أن يقرر المحجور ، بناء على عرضة يقدمها ، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة . م ٢٧٤ - إذا أقر المدين المحجور بدين فلا يمتنع إقراره . وإذا دفع من ماله ديناً في ذمة لأحد غرامه ، فليس غرامه استرداد المبلغ الذي دفعه .

م ٢٧٦ - يجوز للمدين المحجور ، بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الدين ، أن يبيع كل ماله أو يمسكه ، على أن يضمن المثل لوفاة دينه . فإذا لم ينفق الجميع على طريقة توزيع هذا المثل ، تمين إيراداته صندوق المحكمة حتى يوزع وفقاً للإجراءات المقررة . م ٢٧٧ - يجوز للمدين ، بإذن من المحكمة ، أن يصرح في ماله ولو بغير رضاه الدائنين ، على أن يكون ذلك ضمن المثل وأن يقوم المشتري بإيداع المثل في صندوق المحكمة ليستوفى الدائنون منه حقوقهم .

( وأحكام هذه النصوص تنطبق في مجموعها مع أحكام نصوص التقنين المصري ، مع فروق أهمها : (١) نص التقنين العراقي على عدم نفاذ إقرار الدين المصر ، ولم يذكر التصرفات الأخرى . ولكن المفهوم أن تصرفات المدين المصر ، في التقنين العراقي ، لا تنبئ في حق الدائنين . كذلك يمكن القول في التقنين المصري بعدم نفاذ إقرار الدين المصر (٢) نص التقنين العراقي على جواز أن يمسك المدين للمصر أمواله كلها أو بعضها بموافقة أغلبية من الدائنين . وقد كان هذا النص موجهاً في المشرع للتقنين المصري ، ولكن حاشية المراجعة . (٣) اشترط التقنين العراقي إذن المحكمة لتصرف المدين المصر في المال ضمن المثل ، وهذا الشرط لم يرد في التقنين المصري . (٤) لم يرد في التقنين العراقي ذكر لتصرفات جنائية ترتب على المدين المصر إذا صدرت منه أعمال معينة ، كما ورد ذلك في التقنين المصري . ويقول الأستاذ حسن علي النعول ( أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي ص ١٠٢ ) أن في نصوص قانون

٧٠٨ - حرّم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيه : هنا نجد مزية من أهم مزايا شهر إحصار المدين . فقد كان الدائنون قبل شهر إحصار مدينتهم موكولين إلى الدعوى البولصية ، لا يستطيعون أن يعمّلوا تصرفات المدين غير سارية في حقهم إلا بعد أن يتجروا أن المدين الممسّر قد تصرف غشاً للإضرار بحقوقهم وأن المتصرف له كان أيضاً موقفاً ، إذا كان المتصرف معاوضة . أما بعد شهر إحصار المدين ، فكل تصرف يصلو منه من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى ، ويكون من شأنه أن ينقص من حقوقه كالتجديد والمجبة ، أو يزيد في التزاماته كالقرض ، وأى وفاء يقوم به ولو للمدين حال<sup>(١)</sup> ، يكون غير سار في حق الدائنين ، وذلك دون حاجة إلى إثبات إحصار المدين فهو ثابت بشهر الإحصار ، ودون حاجة إلى إثبات سوء نية المدين أو سوء نية المتصرف له ولو كان المتصرف معاوضة<sup>(٢)</sup> . وهذه الوقاية تفضل العلاج الذي تقدمه الدعوى البولصية<sup>(٣)</sup> . وغنى عن البيان أن أى تصرف يرى به المدين إلى تفصيل دائن على آخر ، بالوفاء

= القنوتات البلدي ما أضي من وضع نص مماثل المادة ٢٦٠ من القانون المدني المصري ، إذ تنص المادة ٢٧٢ من قانون القنوتات على أن : كل من عهد إليه منقول ملك الغير بأية كيفية كانت ، أو مله لأي غرض كان ، فاسطه لنفسه أو لفائده أو لمنفعة أو لفائدة شخص آخر ... يعاقب بالعقوبة مدة لا تزيد على ثلاث سنين وبالعقوبة أو بإحدى طائفتي العقوبات . وتنص المادة ٢٧٤ - وهي المادة المقصودة - على ما يلي : وتطبق هذه القنوتات أيضاً على ملك الأشياء المحبوز عليها إدارياً أو قضائياً التي عهدت إليه هذه الأشياء بصفته حارساً عليها الخ . ويلاحظ أن القانون المصري حدد أملاً أخرى يعاقب عليها ، غير تهديد الحارس للأموال التي في حراسته ، وذلك قصد الإحصار والاحتياج للغير ( انظر في شرح نصوص القانون المدني العراقي المادة ١٠٤ وفقرة ١٠٦ وقررة ١٠٨ ) .

(١) كذلك لا تقع المقامة إذا لم تحقق شروطها إلا بعد تسجيل صحيفة دعوى الإحصار ، فإن القانون من أجل تسجيل هذه الصحيفة قد كسرها حقاً في أموال مدينتهم ، وتنص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٧ مدني على أنه : لا يجوز أن تقع المقامة إضراراً بحقوق كسها الغير - والمطابق للقرن تصرف المدين حبة على الدائن ، إلى أن يثبت الدائن أن هذا المطابق قد قدم ، وأنه في الحقيقة لا حق لتسجيل صحيفة دعوى الإحصار فلا يبرى المتصرف في حقه .

(٢) ولكن الإحصار من زيادة الحقوق أو القس الاتزامات يحس ، كما في المثال في الدعوى البولصية .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية المقروءة في الجمعية الأعمال الصغيرة ٢ ص ٦٨١



له قبل حلول دينه أو بعد حلول الدين أو باعطائه شيئاً لغيره ، يكون غير ملو في حق اللاتين الآخرين<sup>(١)</sup>.

وعلم نفاذ التصرف في حق اللاتين لا يمنع من أن يبقى التصرف قائماً بين المدين والمتصرف له. فلو نفذ الدائنون على العين المتصرف فيها ، كان للمتصرف له الرجوع بالضمان على المدين. ولو ترك الدائنون العين دون أن يضلوا عليها ، بقيت في ملك المتصرف له ، لأن التصرف لا يزال قائماً. وإذا انتهت حالة الإحصار بسبب من أسباب انتهائه ، بقي التصرف غير نافذ في حق اللاتين ، ولكنه يبقى أيضاً قائماً ما بين المدين والمتصرف له<sup>(٢)</sup>.

ولا يوجد في قاعدة علم نفاذ تصرفات المدين المعسر إلا استثناء واحد نصت عليه المادة ٢٥٨ مدني. فان هذه المادة تقضي بجواز أن يبيع المدين ماله ، ولو بغير رضا دائنيه ، بشرطين : (١) أن يكون البيع بشئ المثل ، فان نقص عن ثمن المثل فان التصرف لا يكون سارياً في حق اللاتين إلا إذا أكل المشتري الثمن إلى ما يعادل ثمن المثل<sup>(٣)</sup> ، (٢) أن يودع المشتري الثمن كله ، بما في ذلك تكلفته إلى ثمن المثل ، في خزانة المحكمة على فمة اللاتين ، فيوزع بينهم وفقاً لإجراءات

(١) ولا يستطيع المتصرف له أن يفكر من هذه الحالة ، فقد كان يستطيع أن يتبين حالة المدين قبل أن يصدر منه التصرف ، فيعلم من الاطلاع على السجل الخاص ، أو السجل العام في محكمة مصر الابتدائية ، أن المدين في حالة إحصار وأن تصرفاته لا تنفذ في حق دائنيه. يبقى احتمال أن يكون المدين قد غير موطنه دون أن يخطر كاتب المحكمة ، ولم يستطع الغير الذي تعامل معه أن يعلم بشهر إحصاره من سجل المحكمة التي يتبعها موطنه الجديد ، ولم يكلف نفسه عناء البحث في السجل العام في محكمة مصر. هنا كان المفروض التمهيد ، كما قلنا ، بحفظ حقوق الغير ، ولكن حذف هذا الحكم في لجنة المراجعة ، فأصبح التصرف حتى في هذه الحالة لا ينفذ في حق اللاتين ، ولا يكون الغير إلا الرجوع على المدين المعسر بالضمان ، وهذا رجوع ليست له قيمة كبيرة لإحصار المدين ( انظر أيضاً فقرة ٧٠٥ في المجلد ١٠٠ ). وقد يقال في تبرير هذا الحكم إن الغير قد أحل ، فقد كانت منه وسيلة لمرقة إصدار المدين وهي الرجوع إلى السجل العام في محكمة مصر الابتدائية. (٢) وقد يكون تصرف المدين المعسر قرصاً لو أي تصرف آخر يجعله ملحقاً بالتصرف له ، فلا يبرر هذا التصرف أيضاً في حق اللاتين. ويترب على ذلك أن اللاتين السابقين على الإحصار يتقدمون على اللاتين التاليين للإحصار ، ويستوفون الأولون حقوقهم من أموال المدين قبل الآخرين.

(٣) وصحة الخلاف في تقدير ثمن المثل يرجع إلى رأي القبول ( انظر الفقرة الإيضاحية للشروح التمهيد في مجموعة الأعمال المحضرة ٢ ص ١٨٢ ).

الوزع<sup>(١)</sup> . وهذا الاستثناء لا يحد فيه على العائتين ، فقد بيع مال المدين بدين مثله ووزع الثمن على العائتين . وفيه غير المدين ، فقد ترك يضمن ماله بنفسه ، ولم يضمن فيه كما كان يجمل أن يضمن لو بيع المال في المزاد العلني ، ووفر على نفسه وعلى دائقيه نفقات البيع الجبرى<sup>(٢)</sup> .

٧٠٩ - عاتقه يصاب قبرهما المبرين المبرين بقوة التبذير : ومن مميزات شهر إصهار المدين أن المدين يصبح بعد شهر إصهاره عرضة للقضوية الجنائية إذا ارتكب أعمالاً معينة<sup>(٣)</sup> . فقد نصت المادة ٢٦٠ مدني على حالتين يعاقب فيها المدين المبرين بقوة التبذير :

(الحالة الأولى) إذا رفع دائن عليه دعوى بالمدين قبل أن يشهر إصهاره ، ثم حكم عليه بالتبذير . فتمدد ، قبل الحكم بالمدين أو بعده ، أن يمسر بقصد الإضرار بدائنيه ، بأن يبدد ماله أو أخفاه أو اصطنع ديوناً صورية أو نحو ذلك من التصرفات التي تؤدي إلى إصهاره ، وذلك تهريباً من تنفيذ الحكم الذي صدر أو سيصدر . فلهذه الجريمة إذن ركنان : (١) وكن مادي هو الحكم بالمديونية وحكم بشهر الإصهار مقرون بالحكم بالمديونية أو لاحق له . (٢) وركن معنوي هو قصد الإضرار إضراراً بالدائنين وتهريباً من تنفيذ الحكم بالمديونية . ومن القرائن على هذا القصد أن يكون إصهار المدين قد حدث أثناء نظر دعوى المديونية أو عقب صدور الحكم بالمديونية . وإصهار المدين على هذا النحو شبيه

(١) ونظير هذا الاستثناء ما نصت عليه المادة ٢٤١ مدني في الدعوى البرلانية من أنه إذا كان من تلقى حلاً من المدين المبرين لم يبلغ ثمنه ، فإنه يتخلص من المبرين من كان هذا الثمن هو ثمن المال ، ولهم بإيداعهم عزارة المحكمة (الاستاذ إسماعيل غانم في أحكام الالتزام ققرة ١٥٢ ص ٢١٩) .

(٢) وكان المشروع التمهيد بضمين استثناء آخر ورد في المادة ٣٤٥ من هذا المشروع ، يميز للمدين بملوكة أخلية من العائتين تمثل ثلاثة أرباع المدين أن يبيع كل ماله أو يهدى ، على أن يضمن الثمن لقرائه ديونه . وقد كان هذا غريباً من تفصيلية شبه تفصيلية في الإفلاس الجبري . ولكن هذا الاستثناء حلت في لجنة المراجعة ( انظر آنفاً ققرة ٧٠٧ في الملاحق ) . (٣) وهذا فيه بالإفلاس بعباس أو بضمير ، حيث يكون الحاجز المالي مرفعة للقضوية الجنائية . ولكن الإصهار ، بخلاف الإفلاس ، لا يترتب عليه سقوط بعض الحقوق السياسية من المبرين كحقه في الانتخاب أو الترشيح لسياسة القومية .

بالإفلاس مع التلبس ، ويعاقب مثله عقوبة جنائية .

والحالة الثانية: إذا حكم على المدين المصّر بشهر الإصرار، فعند ذلك لا يقرضه المدين من طريق أحد الأعمال الآتية : (١) إخفاء بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها ، ويكون ذلك على الأخص في النقولات فانه يسهل إخفاؤها . ولا يعتبر إخفاء المال مجرد التصرف فيه ، فقد رأينا أن التصرف لا يفرض الدائنين إذ هو غير نافذ في حقهم . (٢) اصطناع ديون صورية حتى يزيد مقدار ديونه فيضر دائنيه بانقاص النصيب الذي يحصل عليه كل منهم عند التنفيذ . وتكون هذه الديون الصورية سابقة على الإصرار ، والالم تكن نافذة في حق الدائنين فلا تضر بهم<sup>(١)</sup> . (٣) اصطناع ديون مبالغ فيها، وهذا الديون تكون جديدة لا صورية ولكن يبالغ في مقدارها . مثل ذلك أن يعمد المدين إلى تغيير سندات بالمدين عليه سابقة على الإصرار ، فيضاعف قيمتها حتى ينقص من نصيب الدائنين الآخرين<sup>(٢)</sup> . وظاهر أن هذه الأعمال الثلاثة - إخفاء المال واصطناع الديون الصورية واصطناع الديون المبالغ فيها - هي الأعمال التي ينبغي أن تصدر من المدين المصّر ، وهي أشد الأعمال إضراراً بدائنيه . ولذلك جعل للشرع الجزاء عليها عقوبة جنائية لتتناسب مع طبيعتها ، فالمدين الذي يأتي عملاً من هذه الأعمال إنما يبدد الأموال التي تملكت بها حقوق الدائنين . والجريمة هنا ، كالجريمة في الحالة الأولى ، لها ركنان : ركن مادي هو صدور حكم بشهر الإصرار على عمل من هذه الأعمال الثلاثة التي سبق ذكرها ، وركن معنوي هو قصد الإضرار بالدائنين وهذا القصد يفترض وجوده وما صدر من عمل من المدين المصّر يقوم قرينة على ذلك . وهذا أيضاً يكون للمدين المصّر كالتاجر المفلس بالتلبس ، ويعاقب مثله عقوبة جنائية<sup>(٣)</sup> .

- (١) ورأي أن هاتين الصورتين إذا كانا مع المدين ، بأن كان مالياً بشهر إصراره وأنه إنما أراد الإضرار بدائنيه ، يعتبر جريمةً للمدين في الجريمة ، ويعاقب مثله عقوبة الجرمية .  
(٢) ورأي أيضاً في هذه الحالة أنه إذا كان المدين الذي يبالغ في كمية ديونه عملاً مع المدين المصّر على التصرف في أمواله في الضرورة ، فانه يعتبر جريمةً له ، ويعاقب مثله عقوبة الجرمية .  
وفيه من القيد أن المدين لم يكتفِ بزيادة ديونه بل قد زادها في كل من الضرورة والمبالغة في مقدار الدين ، ويصطرون الإتيان بجميع الطرق لا يلبس لئلا من غش .  
(٣) وقد قلنا أن المصّر كان يضمن حالة ثلاثة يعاقب فيها المدين المصّر بعقوبة الجرمية ، هي حالة ما إذا غير ماله ولم يضر كاتب المحكمة بالتغيير فحاشاً ، ولكن هذه الجريمة

٧١٠ - تقرير نفقة للمدين المصروع: وهنا تظهر إحدى فوائد شهر الإحصار المدين للمصر نفسه: فهو، إذا لم يكن قد شهر إحصاره، جاز للدائنين أن يحجزوا على جميع أمواله، فيما عدا الأموال التي لا يجوز الحجز عليها وقد سبق بيانها. أما إذا شهر إحصار المدين، فبالإضافة إلى الأموال التي لا يجوز الحجز عليها وتبقى غير قابلة للحجز بعد شهر الإحصار، يستطيع المدين، إذا كان الدائنين قد أوقفوا الحجز على إيراداته فبقى دون مورد يعيش منه، أن يقدم عريضة لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإحصار إلى المحكمة التي بها موطنه - يطلب فيها أن يقرر له نفقة بتقاضاها من إيراداته المحبوزة (م ٢٥٩ مدني). فإذا قدر له رئيس المحكمة النفقة المطلوبة، بأمر على العريضة التي قدمها، جاز له أن يتظلم من هذا التقدير، إذا رآه غير كاف، إلى المحكمة في مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره، وجاز أيضاً للدائنين أن يتظلموا من التقدير، إذا رأوه مبالغاً فيه، إلى المحكمة في مدة ثلاثة أيام من تاريخ إعلانهم بأمر التقدير (م ٢٥٩ مدني). ويجوز التظلم من كلا الطرفين إلى الأمر نفسه - رئيس المحكمة - أولاً، وبحكم الرئيس في التظلم على وجه السرعة بتأييد الأمر أو بالغاءه، ويكون حكمه قابلاً لطرق الطعن المقررة للأحكام التي تصدر على وجه السرعة (م ٣٧٥ مرافعات<sup>(١)</sup>). ويبقى المدين المصروع يتقاضى النفقة المقررة إلى أن تنتهي تصفية أمواله، ولا يلي الدائنين منها إلا الأموال التي لا يجوز الحجز عليها كما سبق القول. وغنى عن البيان أن تقرير النفقة لا يمنع من بيع المال الذي يتقاضى المدين النفقة من ربه.

## المبحث الثاني

بالنسبة إلى الدائنين

٧١١ - التصريح القانوني: نصر المادة ٢٥٥ من القانون المدني

= حلفت هذه الحالة حتى لا تدفع في توقيع العقوبات الجنائية (اللائحة الإيضاحية للمدعي التمهيد في تصفية الأعمال التجارية ٢ ص ٦٨٨ - ص ٦٨٩ - ونظر أيضاً فقرة ٧ ص ٦٨٨).

(١) انظر لللائحة الإيضاحية للمدعي التمهيد في تصفية الأعمال التجارية ٢ ص ٦٨٥ -

على ما يأتي :

١٥ - يترتب على الحكم بشهر الإحصار أن يحمل كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة ، ويضم من هذه الديون مقدار القابلة للاتفاقية أو القانونية من المدة التي سقطت بسقوط الأجل .

٢٥ - ومع ذلك يجوز للقاضي أن يحكم ، بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوى الشأن من دائنيه ، بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة ، كما يجوز له أن يمنح المدين أجلاً بالنسبة إلى الديون الحالية ، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف ، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً .

وتنص المادة ٢٥٦ على ما يأتي :

١ - لا يحول شهر الإحصار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين .

٢ - على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإحصار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل <sup>(١)</sup> .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق .

وتقابل في التقنين المعنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٢٥٥ : ورد هذا النص في المادتين ٣٤٠ و ٣٤١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، وأصبح رقمها ٢٦٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٥ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٥ - ص ٦٧٧ ) .

م ٢٥٦ : ورد هذا النص في المادتين ٣٤٢ و ٣٤٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأدمجتا في لجنة المراجعة في مادة واحدة تحت رقم ٢٦٨ من المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة الشيوخ قال أحد الأعضاء إن استبقاء الإجراءات الفردية للدائنين بعد شهر الإحصار يفقد نظام الإحصار قيمته ، ولكن اللجنة آثرت استبقاء نظام الإحصار على هذا الوجه من الإجراءات الفردية ، وفصلت ذلك على الإجراءات الجماعية المتخذة في الإفلاس التجاري . ووافقت اللجنة على النص كما هو تحت رقم ٢٥٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٨ - ص ٦٨٠ ) .

للمدنيين ٢٥٥ - ٢٥٦ ، وفي التقنين المدني العراقي للمدنيين ٢٧٣ و ٢٧٥<sup>(١)</sup> .

وهذه النصوص تكفل حماية الدائنين بعضهم من بعض وتحقق لهم المساواة جميعاً ، مع إطفاء الدين قائماً على ماله دون أن ترفع عنه يده بخلاف التاجر الفيلس . ويتحقق ذلك بالطرق الآتية : (١) تكون الإجراءات التي يتخذها الدائنون لتنفيذ على المدين الممسر إجراءات فردية ، لا إجراءات جماعية . (٢) تسقط آجال الديون للوجبة كبداء عام ، تحقيقاً للمساواة بين الدائنين ، ولكي قد تبقى هذه الآجال ، وقد تمد ، بل وقد تمنع آجال للديون الحالة . (٣) لا تنفذ حقوق الاعتصام التي قد يأخذها بعض الدائنين في حق الدائنين الآخرين ، وذلك تحقيقاً للمساواة ، هنا أيضاً ، بين الدائنين .  
ونستعرض كلاً من هذه المسائل الثلاث .

٧١٢ - إجراءات فردية لإجراءات جماعية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ بأنه : لا يجوز شهر الإعصار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين . وهنا يتجلى المقوم الأساسي للإعصار المدني ، فهو ليس كالإفلاس التجاري يؤدي إلى إجراءات جماعية . فالمدين الممسر لا ترفع يده عن ماله ، بل يبقى قائماً على إدارته ، وهذا بخلاف التاجر الفيلس فإن أمواله تنزع من يده وتنتقل إلى حيازة السنديك . وفي الإعصار لا يدين سنديك ، ولا يجتمع الدائنون في اتحاد (union) ، كما يجري الأمر في الإفلاس . فيبقى دائنو المدين الممسر كل منهم مستقل عن الآخر ، ولا تتخذ إجراءات جماعية لتنفيذ ، بل يقوم كل

---

(١) مقتضيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٥٥-٢٥٦ (مطابقاً للمدنيين ٢٥٥ و ٢٥٦ من التقنين المدني المصري) .  
التقنين المدني العراقي م ٢٧٣ (موافقة لمادة ٢٥٥ من التقنين المدني المصري) .

م ٢٧٥ - يجوز لكل دائن ، بعد الحكم بالخبر ، أن يتخذ باسمه خاصة ما يلزم من الإجراءات لاستيفاء حقه ، مع عدم الإخلال بما لساير الدائنين من مصلحة تنقلت بالخبر على أموال المدين . (وحكم هذا النص موافق لحكم الفقرة الأولى من المادة ٢٥٦ من التقنين المدني المصري . ولم يعرض التقنين العراقي لعدم نفاذ حقوق الاعتصام لأنه لا يعرف هذه الحقوق - انظر المحذور حسن حل الفنون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٥٥ و فقرة ١٥٧ )

حائز على فصلته بنفسه ، فيعقد باسمه خاصة مع الإجراءات الفردية ما يسمح به القانون . فلكل حائز أن يحجز على أموال الدين ، ما كان موجوداً منها قبل شهر الإحصار وما استجد بعده . ولكل حائز أن يباشر قبل غيره إلى استيفاء حقه من أموال الدين ، فإذا لم يتمكن الدائون الآخرون من التفاق به ومزاجته عند التوزيع ، فقد يستوفى حقه كاملاً دونهم . فالسواة إذن بين الدائنين إنما هي مساواة قانونية لا مساواة فعلية ، والقانون يعتبر الدائنين متساوين جميعاً ولكن لا يمنع مع أن يتخذ أحدهم إجراءات فردية يسبق بها الآخرين .

على أن القانون كفل للدائنين المساواة الفعلية من وجهين : (١) إسقاط أجال الدين (٢) عدم نفاذ حقوق الاختصاص .

### ٧١٣ - أجال المبرور : إذا شهر إحصار الدين ، كان ذلك إشعاراً

للدائنين بأن يبادروا إلى التنفيذ على أمواله ، حتى يدركوا منها ما يستطيعون أن يستوفوا به أكبر نصيب من حقوقهم . ومن ثم يكون الدائن ذو الحق الموجل في مركز بالغ الدقة ، فهو لا يستطيع المبادرة إلى التنفيذ لأن حقه لم يجل ، ولا يستطيع الانتظار إلى أن يجل الأجل خشية أن تستنفد الديون الحالية جميع أموال الدين . لذلك نصبت الفقرة الأولى من المادة ٢٥٥ على أنه : يترتب على الحكم بشهر الإحصار أن يجل كل ما في ذمة المدين من ديون موجلة ، ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل . فجرد صدور الحكم بشهر إحصار المدين يترتب عليه سقوط الأجل في الديون الموجلة ، وتصبح هذه الديون حالة تجوز المبادرة إلى التنفيذ بها ، وبذلك تتحقق المساواة ما بين الديون الموجلة والديون الحالية . وحتى لا يفتن المدين وأصحاب الديون الحالية من حلول الديون الموجلة قبل انقضاء الأجل ، نص القانون على أن يخصم من هذه الديون الموجلة التي حلت بشهر الإحصار مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل . فإذا كان الدين الموجل يستحق الدفع بعملة من وقت صدور حكم شهر الإحصار ، وكان يشتمل على فائدة اتفاقية بمقدار ٦ ٪ ، فإن الدين يصبح حالاً بعد أن يخصم منه مقدار هذه الفائدة الاتفاقية . فإن كان لم يشتمل على فائدة اتفاقية وكان واجب الدفع بعد سنة ، أصبح حالاً بعد أن يخصم منه مقدار الفائدة القانونية بـ ٤ ٪ أو ٥ ٪ بحسب

ما يكون منها مئبناً أو تجارياً . لما إذا كان الدين واجب الدفع بمدة ، وكذا الحق عليه أن يدفع في هذا الميعاد مع فائدة مقدارها ٦ ٪ مثلا ، فانه يصبح حالا دون خصم ودون فائدة .

هذه هي القاعدة . ولكن يصح أن تكون ظروف الدين بحيث تستوجب الرق به . وعند ذلك يجوز للمدين ، بعد أن سقط أجل الدين بقوة القانون بمجرد صدور حكم الإحصار ، أن يطلب من القاضى ، في مواجهة الدائن ذى الشأن أى صاحب الدين الذى سقط أجله ، إبقاء الأجل كما كان . ويجوز له فوق ذلك أن يطلب مد هذا الأجل ، بل يجوز له أن يطلب ، في مواجهة الدائنين أصحاب الديون الحالية ، أن يمنح أجلا يمكنه من تحين الفرصة المناسبة لتصفية أمواله على خير وجه أصلحته هو وأصلحة الدائنين منه . ويحييه القاضى إلى ما طلب من كل ذلك إذا رأى أن الظروف تبرر إجابة هذا الطلب ، وأن من مصلحة المدين والدائنين جميعاً ألا يبادر الدائنون إلى التنفيذ على أموال المدين في ظروف غير مناسبة فتتزل قيمتها ، وأن من الخير التبرص لفرصة موالية تباع فيها هذه الأموال بأهل قيمة فيعود ذلك بالنفع على كل من الدائنين والمدين . ويحقق هذا في الإحصار المبنى بعض ما يحققه الصلح مع الدائنين (concordat) في الإفلاس التجارى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

على أنه ليس بدماً أن يمنح القاضى للمدين أجلا حتى في الديون الحالية ، وبالأولى أن يمد الأجل القائم أو يبين على الأجل للوجود . فليس هذا إلا ضرباً من نظرة للمدين إلى مبصرة (délai de grâce) ، يفطه القاضى حتى لو لم يكن المدين قد شهر إحصاره ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ مدنى على ما يأتى : « على أنه يجوز للقاضى في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينتظر للمدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » .

٧١٤ - حرص نظام حقوق المومضات : ونص القانون على وسيلة

أخرى أبعد أرى في تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين . قضيت الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ ، كما رأينا ، بأنه « لا يجوز أن يمنح على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإحصار بأى اختصاص يقع على



عقارات المدين بعد هذا التسجيل . ذلك أن الدائنين يادرون عادة ، بمجرد شهر لإصدار مدينهم ، إلى أخذ حقوق اختصاص على عقاراته عن طريق الإجراءات القردية التي لم يتقطع حقهم فيها كما قدمنا ، وذلك كي يكفلوا لأنفسهم التقدم على الدائنين الذين لم يتمكنوا من أخذ حقوق اختصاص . وقد أصبحت هذه الإجراءات أكثر إخلالا بالمساواة بين الدائنين بعد أن اشترط التقنين المدني الجديد ( م ١٠٨٥ ) أن يكون بيد الدائن حكم واجب التنفيذ حتى يستطيع أخذ حق اختصاص ، فلا بد والحالة هذه من أن الدائنين الذين ييدم أحكام واجبة التنفيذ يادرون إلى أخذ حقوق اختصاص على عقارات مدينهم المعسر ، يبتغون بذلك أن يتقدموا على الدائنين الذين لم تنح لهم الظروف أن تكون بأيديهم أحكام واجبة التنفيذ . فحتى تتحقق المساواة بين الدائنين قضى القانون ، كما رأينا ، بالامتنع على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإحصار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل . فإذا بادر دائن ييله حكم واجب التنفيذ إلى أخذ حق اختصاص ، فإن حق الاختصاص هذا لا يكون نافذاً في حق الدائنين ذوى التواريخ الثابتة السابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإحصار . أما إذا كان حق الاختصاص سابقاً على تسجيل صحيفة دعوى الإحصار ، فإنه ينفذ بطبيعة الحال في حق جميع الدائنين . ويبين مما قدمناه أن الدائنين السابقين على تسجيل صحيفة دعوى الإحصار لا ينجشون أن يتقدم أحدهم على الآخرين بأخذ حق اختصاص . ولكن قد يكون لمن حصل منهم على حكم واجب التنفيذ مصلحة في أن يبادر إلى أخذ حق اختصاص على عقارات المدين ، حتى إذا ما انتهت حالة الإحصار بسبب من أسباب انتهائها كما سيأتى ، واستجد للمدين دائنون آخرون بعد انتهاء حالة الإحصار ، كان حق الاختصاص نافذاً في حق هؤلاء الدائنين الذين استجدوا ، كما سنرى .

## الفرع الثالث

### انتهاء حالة الإحصار

٧١٥ - مسأله : تتكلم في مسألتين : (١) كيف تنتهى حالة الإحصار (٢) وما الذى يترقب على انتهائها .

## المبحث الأول

### كيف تنتهى حالة الإصرار

٧١٦- **النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٦١ من القانون المدني

على ما يأتى :

١٥ - تنتهى حالة الإصرار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى ينبعها موطن المدين ، بناء على طلب كل ذى شأن ، فى الحالتين الآتيتين : ( أ ) متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله ( ب ) متى قام المدين بوفاء ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الإصرار أثر فى حلولها ، وفى هذه الحالة تعود آجال الدين التى حلت بشهر الإصرار إلى ما كانت عليه وفقاً للمادة ٢٦٢ .

٢٥ - ويؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بإنهاء حالة الإصرار يوم صدوره على هامش التسجيل للنصوص عليه فى المادة ٢٥٣ ، وعليه أن يرسل صورة منه إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك .

وتنص المادة ٢٦٢ على ما يأتى :

وتنتهى حالة الإصرار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإصرار<sup>(١)</sup> .

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٢٦١ : ورد هذا النص فى المادتين ٣٤٩ و ٣٥٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى المقتنين الجديد ، فيها هذا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن حالة ثالثة لانتهاء الإصرار بموجب حكم قضائى : متى قبل المالكون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه ببعض لايزيد على ما عليه من ماله ، وفيها هذا أن المشروع التمهيدى لم يكن ينص على إرسال صورة من حكم إنهاء حالة الإصرار إلى قلم كتاب محكمة مصر . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة ، وحللت الحالة الثالثة المشار إليها لدمجها فى الحالة الأولى ، وأضيف النص على إرسال صورة للحكم إلى قلم كتاب محكمة مصر ، فأصبحت المادة مطابقة لما

ولا مقابل هذه النصوص في التفتين الملف السابق .

وقابل هذه النصوص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين الملف السوري المادتين ٢٦١ - ٢٦٢ ، وفي التفتين الملف العراقي المادة ٢٧٨ (١) .

وخلص من هذه النصوص أن هناك طريقتين لانتهاء حالة الإحصار :  
(١) فأما أن تنتهي هذه الحالة بحكم يصدر قاضياً باتنهاؤها (٢) وإما أن تنتهي بقوة القانون بعد انقضاء مدة معينة .

استقرت عليه في التفتين الملف الجديد ، وصار عليها ٢٧٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦١ (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٦٩١ - ص ٦٩٢) .

م ٢٦٢ : ورد هذا النص في المادة ٣٥١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٧٤ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦٢ (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٦٩١ - ص ٦٩٥) .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين الملف السوري م ٢٦١ (مطابقة لمادة ٢٦١ من التفتين الملف المصري ، فيما عدا أن نص التفتين السوري أغفل أن يذكر إرسال صورة الحكم بإلزام الإحصار إلى ديوان وزارة العدل) .

م ٢٦٢ (مطابقة لمادة ٢٦٢ من التفتين الملف المصري) .  
التفتين الملف العراقي : م ٢٧٨ — ينتهى الحجر بحكم تصدره محكمة البداية ، بناء على طلب كل ذي شأن ، في الحالات الآتية : ١ — متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لازمة على أمواله . ٢ — متى قبل الدائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه بحيث يصبح الباقي في ذمته من الدين لازماً على ماله . ٣ — متى قام المدين بإبراء ديونه التي حلت دون أن يكون الحجر أثر في حلها ، وفي هذه الحالة تعود آجال الدين التي حلت بالحجر إلى ما كانت عليه من قبل ، بشرط أن يكون المدين قد وافق جميع أئتمانيها التي حلت . ٤ — متى انقضت ثلاث سنوات من توقيع مستودع الحكم الصادر بالحجر . (ويختلف هذا النص عن نص التفتين المصري في أمرين : ١ - بنيت في التفتين العراقي حالة إبراء المدين من بعض الديون ، وكانت موجودة كما رأينا في المشروع التمهيدى التفتين المصري ولكنها حلت في لجنة المراجعة لتسويها في الحالة الأولى كما تقدم نقول . ٢ — في انتهاء الإحصار بانقضاء مدة معينة ، يختلف التفتين العراقي عن التفتين المصري في أن التفتين العراقي يستلزم حكماً بإلزام الإحصار ويكتفى بانقضاء ثلاث سنوات ، أما التفتين المصري فلا يستلزم حكماً في هذه الحالة بل ينتهى فيه الإحصار بقوة القانون ولكنه يطلب حبس سنوات لا ثلاثاً . ثلثون قد كنوز حسن على القانون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي فقرة ١٥٨ ، وانظر فقرة ١٥٩) .

## ٧١٧ - انتهاء مالا إحصار بموجب حكم قضائي : تنتهي حالة

الإحصار بموجب حكم قضائي في أحد فرضين : (أولاً) إذا ثبت أن المدين قد أيسر يساراً تاماً ، فأصبحت أمواله تفي بجميع ديونه ، ما كان حالاً منها وقت شهر إحصاره وما حل بسقوط الأجل بسبب شهر الإحصار . وقد يتحقق ذلك لو أن المدين المصّر تلقى ميراثاً أو وصية ، فأصبحت أمواله تربي على ديونه أو تفي بها . وقد يتحقق ذلك أيضاً إذا قبل الدائتون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه بحيث يصبح الباقي في ذمته من الديون لا يزيد على ما عنده من مال <sup>(١)</sup> .

(ثانياً) إذا ثبت أن المدين قد وفى بجميع ديونه التي كانت حالة وقت طلب إنهاء حالة الإحصار ، سواء كانت هذه الديون ديوناً حالة وقت شهر الإحصار أو حلت بعد ذلك بانقضاء أجلها . أما الديون التي اعتبرت حالة عن طريق إسقاط أجلها بسبب شهر الإحصار ، ولم يكن هذا الأجل قد انقضى وقت طلب إنهاء حالة الإحصار ، فإنها لا تدخل في هذا الحساب ، وذلك لأن هذه الديون سيعود إليها الأجل الذي سقط ، كما سنرى ، فتصبح غير حالة وقت طلب إنهاء حالة الإحصار . وظاهر أن المدين إذا كان قد وفى بجميع الديون المشار إليها ، فإنه يصبح في حالة كان لا يستطيع معها طلب شهر إحصاره ، وهذا هو المبرر لانتهاء حالة الإحصار في هذا الفرض . ولكن لا يكفي أن يكون عند المدين مال كاف للوفاء بهذه الديون ، بل يجب أن يكون المدين قد وفاها فعلاً كما رأينا <sup>(٢)</sup> . وفى هذا يختلف الفرض الثاني عن الفرض الأول ، فقد تقدم في الفرض الأول أنه يكفي أن تكون أموال المدين قد أصبحت تفي بجميع ديونه دون حاجة إلى وفاء هذه الديون بالفعل .

وإذا تحقق فرض من هذين الفرضين ، فإن حالة الإحصار لا تنتهي بقوة القانون ، بل لا بد من صدور حكم بانتهاء هذه الحالة . وهذا الحكم ، كالحكم بشهر الإحصار ، منشئ لا كاشف ، ويقبل الطعن فيه بالطرق المقررة قانوناً

(١) انظر هذه الحالة في المشرع التمهيدى لفصلين المدف ، وقد حلفت كحالة مسطرة لأنها لا تبدو أن تكون تطبيقاً للحالة الأولى كما نرى (انظر آنفاً فقرة ٧١٦ في الماحض) .

(٢) وذلك في مقابل أن الديون التي سقطت أجلها بسبب شهر الإحصار تعود ديوناً معلقة كما كانت .

وفي المواعيد العادية . ويصدر من المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين ، وتكون عادة هي المحكمة التي أصدرت الحكم بشهر إحصاره ، ما لم يكن للمدين قد غير موطنه . ويصدر بناء على طلب كل ذي شأن . وأول ذوي الشأن في هذا الطلب هو المدين نفسه ، فمن مصلحته ، متى تحقق فرض من الفرضين المتضمنين المذكور ، أن يطلب من المحكمة إصدار حكم بانتهاء إحصاره . وقد يكون لأحد الدائنين مصلحة في طلب إنهاء الإحصار ، إذا كان دينه في الأصل وشيك الحلول ، ثم حل هو وغيره من الديون المؤجلة بسبب شهر الإحصار . فإذا انتهت حالة الإحصار بتوفية الديون الحالية ، رجعت الآجال إلى الديون المؤجلة . ولما كان أجل دينه وشيك الحلول كما قدمنا ، فإنه يستوفى الدين قبل غيره من أصحاب الديون المؤجلة ، وقد يظفر به كاملاً (١) .

ومضى صدر الحكم بانتهاء حالة الإحصار من المحكمة المختصة ، أشر كتاب المحكمة من تلقاء نفسه ، يوم صدور الحكم ، بانتهاء حالة الإحصار على هامش التسجيل المفيد في السجل الخاص بالمحكمة ذاتها . فإذا كان المدين قد غير موطنه ، ورفض دعوى إنهاء الإحصار في محكمة موطنه الجديد ، وجب التأشير بالحكم في سجل كل من المحكمتين ، المحكمة التي أصدرت الحكم بانتهاء حالة الإحصار والمحكمة التي أصدرت الحكم بشهر الإحصار . وفي جميع الأحوال يجب أن ترسل صورة من الحكم بانتهاء حالة الإحصار إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك في السجل العام الموجود بهذه المحكمة (٢) .

(١) أما إذا كان دينه قد حل فعلاً بانتضاء أجله ، وأريد إنهاء حالة الإحصار بتوفية الديون الحالية ، فإنه لا يتصور أن يكون الدائن الذي حل دينه هو الذي يطلب ذلك ، لأنه يكون قد استوفى دينه قبل أن يتقدم بهذا الطلب .

هذا ويصح أن يطلب إنهاء الإحصار من تصرف له المدين المصروف ، فإن هذا التصرف وإن كان لا يمس في حق الدائنين ، يبقى قائماً فيما بين المدين ومن تصرف له كما قدمنا . فيستطيع المصروف له ، بإنهاء حالة الإحصار ، الرجوع على المدين وهو غير مصر .

(٢) انظر في طرق إنهاء حالة الإحصار للقانوني المذكورة الإيضاحية لمفرد التمهيد في مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ٦٩٨ — ص ٦٩٩ — وقد جاء في هذه المذكرة ، في شأن الحكم الصادر بانتهاء حالة الإحصار ، ما يأتي : « وتنتج في الحكم بانتهاء حالة الإحصار ... نفس الإبرامات الخاصة بحكم شهر الإحصار . فهو يصدر من المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها آخر محل ( موطن ) المدين — ولا يضمن صفوه من المحكمة التي أصدرت حكمه شهر الإحصار . بناء على طلب كل ذي شأن (المدين أو الدائن أو غلظ آل إليه مال من المدين) وقبل المعلن .»

**٧١٨ - انتهاء حالة الإعصاء بقوة القانون :** وقد أعطى القانون مهلة للذاتين لتصفية أموال مدينهم واستيفاء حقوقهم منها ، عن طريق الإجراءات القردية . فأمامهم خمس سنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعصار ، وهي مدة كافية لتصفية أموال المدين . ولا يجوز أن يبقى المدين بعد انقضاء هذه المدة في حالة الإعصار التي لحقت ، فان هذه الحالة قد غلت يده عن التصرف في أمواله ، فوجب التوفيق بين مصلحته ومصلحة دائنيه ، فروعيت مصلحة هؤلاء باعطائهم مدة كافية لاستيفاء حقوقهم عن طريق الحجز على أموال مدينهم ، وروعيت مصلحة المدين بانتهاء حالة الإعصار بقوة القانون بمجرد انقضاء هذه المدة .

وغنى عن البيان أنه بمجرد انقضاء الخمس السنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعصار تنهى حالة الإعصار دون حاجة إلى استصدار حكم بذلك ، بل ودون حاجة إلى التأشير بذلك على هامش التسجيل ، إذ يسهل على كل ذي مصلحة بحث حالة المدين أن يحسب انقضاء الخمس السنوات المذكورة بمجرد اطلاعه على تاريخ تسجيل التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعصار .

## المبحث الثاني

### ما يترتب على انتهاء حالة الإعصار

**٧١٩ - النصوص القانونية :** تنص المادة ٢٦٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الإعصار أن يطلب إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الإعصار ولم يتم دفعها إلى أجلها السابق ، بشرط أن يكون قد وفى ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعصار أثر في حلولها . »

عليه بالطرق نفسها ، ولكن في المواضع العادية ، لأن المدة القصيرة لا يلبأ إليها إلا حيث تقتضى تلك ضرورة الاستعجال منه شهر الإعصار . ويحيل هذا الحكم إدارياً في الهرم الذي يصدر فيه في هامش تسجيل حكم شهر الإعصار ، وهذا تم العلانية الواجبة له بالفتحة للمرى للشأن كافة ( ٣٥٠ م من المرسوم ) ( مجموعة الأعمال الشخصية ٢ ص ٦٩٩ ) .

وتنص المادة ٢٦٤ على ما يأتي :

« انتهاء حالة الإصرار بحكم أو قوة القانون لا يمنع الدائنين من المطعن في تصرفات المدين ولأن امتلاكه بأصل حقوقه وفقاً للمواد من ٢٣٥ إلى ٢٤٣<sup>(١)</sup> .

ولا مقابل لهذه التصور في التقنين للمنف السابق .

وقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري للمادتين ٢٦٣-٢٦٤ ، وفي التقنين المدني العراقي للمادة ٢٧٩<sup>(٢)</sup> .

#### (١) تاريخ التصور :

م ٢٦٣ : ورد هذا النص في المادة ٣٥٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الإصرار ، أو بعد وفاء الدين التي حلت دون أن يكون لإشهار الإصرار أثر في حلها ، أن يطلب إعادة الدين ، التي كانت قد حلت بسبب إشهار الإصرار ولم يتم حلها ، إلى أجلها السابق ، بشرط أن يكون قد وقي جميع أقساطها التي حلت » . وفي لجنة المراجعة حلقت عبارة « أو بعد وفاء الدين التي حلت دون أن يكون لإشهار الإصرار أثر في حلها » ، لأنها وردت في المادة (ب) من المادة ٣٤٩ (م ٢٩٩ من التقنين الجديد) . وأصبحت المادة رقمها ٢٧٥ في المشروع النهائي : ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة : « قد وقي دينه التي حلت دون أن يكون لإشهار الإصرار أثر في حلها » بعبارة : « فقد وقي جميع أقساطها التي حلت » ، لأن العبارة الأولى أوسع وأدق في بيان المقصود ، فضلاً عما في العبارة الثانية من إيهام قد يوحى بأن ملوq عليه الفداء هو أقساط الدين التي كانت قد حلت بسبب شهر الإصرار مع أن المقصود غير ذلك . وأصبحت المادة رقمها ٢٦٣. ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٦ - ص ٦٩٧ ) .

م ٢٦٤ : ورد هذا النص في المادة ٣٥٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ليس للدائنين أن يطعنوا فيما يقوم به المدين بعد انتهاء حالة الإصرار من تصرف في ماله أو من وفاء لدينه ، إلا إذا انطوى هذا التصرف أو الفداء على النقص ، وبالنقد الذي يسمح به القانون » . وفي لجنة المراجعة عدلت المادة تمهيداً أكثر دلالة على المسمى المراد ، فأصبحت مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمها ٢٧٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦٤ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩٨ - ص ٧٠٠ ) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري ٢٦٣-٢٦٤ (مطابقتان لنص للمادتين ٢٦٣-٢٦٤ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : م ٢٧٩ - يكون للمدين الحق ، بمقتضى الحكم الصادر بانتهاء الحجر ، أن يحصل من دائرة الإجراء حل قرار برفع الحجر الواقع على أمواله بسبب الحجر ، وهذا دون إخلال بما اتفقته كل دأين من الإجراءات حل أموال المدين بأية خاصة وأصلحه وحده . ( ويلاحظ أن التقنين العراقي ينس حالة الإصرار بطريقة تتفق مع توقيع الحجر بعد الحجر ، فالمدين يحصل من دائرة الإجراء حل قرار برفع الحجر . ويحفظ لكل دأين بما يكون قد سبق

ويخلص من هذه النصوص أن حالة الإحصار متى زالت زالت معها الآثار التي كانت قد ترتبت عليها . ومن هذه الآثار التي تزول نذكر بنوع خاص سقوط أجل الدين ، فيعود الدين إلى أجله السابق . كذلك المدين الذي تزول حالة إحصاره بحكم قضائي أو بقوة القانون قد ينتقل من حالة إحصار قانونية إلى إحصار فعلي ، فيبقى خاضعاً لأحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية التي لا تتطلبان إلا الإحصار الفعلي على ما قلنا .

فستعرض إذن مسائل ثلاثاً : (١) زوال الآثار التي ترتبت على شهر الإحصار بوجه عام . (٢) رجوع الأجل بعد سقوطه . (٣) خضوع المدين بعد زوال حالة إحصاره لأحكام الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية .

#### ٧٢٠ - زوال الآثار التي ترتبت على شهر حالة الإحصار : رأينا

أن هناك آثاراً ترتبت على شهر حالة الإحصار . فالمدين قد غلت يده عن التصرف في ماله ، وأصبح معرضاً لعقوبة التبديد في حالتين معينتين سبق ذكرهما ، وقد يكون حصل على أمر بتقرير نفقة له من إيرادات أمواله المحجوزة . والدائنون لا يمتنع بعضهم على بعض بحقوق الاختصاص التي تكون قد أخذت بعد تسجيل صحيفة دعوى الإحصار ، وقد سقطت آجال ديونهم إن لم تكن قد استقيت أو مدت أو منحت آجال للديون الحالية .

هذه الآثار كلها تبقى ببقاء حالة الإحصار ، فإذا ما زالت هذه الحالة بحكم قضائي أو بقوة القانون ، فإن الآثار التي ترتبت عليها تزول بزوالها . ومن ثم يعود للمدين حق التصرف في أمواله ، فتتخذ تصرفاته في حق دائنيه ، ولكن يبقى للدائنين أن يباشروا الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية كما سيأتي . ولا يصبح المدين معرضاً لعقوبة التبديد، حتى لو أخفى ماله عن دائنيه أو اصطنع ديوناً صورية أو ديوناً مبالغاً فيها أو تعمد الإحصار، ولا يكون معرضاً في كل ذلك إلا لأحكام دعوى الصورية والدعوى البولصية ، وذلك ما لم يشهر إحصاره من

---

معه اتخاذ من إجراءات فردية . ولم يتعرض للتفتيش المراق لمعودة الأجل السابق . كذلك لم يتعرض للدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ، ولكن ما عرض له التفتيش المصري من ذلك ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة — انظر الأستاذ حسن علي لقانون في أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي لفتره ١١٠ ) .



جديد فيترتب على الحكم الجديد بنهر الإصدار آثاره المعروفة . كذلك تقطع الثقة التي قد تكون قدرت له ، فان الثقة لا تبقى إلا بقاء حالة الإصدار القانوني . أما حقوق الاختصاص التي كان الدائن قد أعطوها بعد تسجيل صحيفة دعوى الإصدار ، فانها تصبح نافذة في حق الدائنين الذين استجسروا بعد انتهاء حالة الإصدار ، ولكنها تبقى غير نافذة في حق الدائنين السابقين على تسجيل صحيفة دعوى الإصدار<sup>(١)</sup> .

وننقل الآن إلى رجوع الأجل بعد سقوطه .

٧٢١ - رجوع الأجل بعد سقوطه : متى زالت حالة الإعصار ، زال أثرها في إسقاط أجل الدين ، وعاد الدين إلى أجله السابق . ونصصر في بيان ذلك تفصيلا ، القروض التي تزول فيها حالة الإعصار :

فان زال الإعصار بحكم قضائي بسبب قيام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعصار أثر في حلها ، فان الدين التالية التي لم توف - والتي كانت أجلها قد سقطت بشهر الإعصار - تعود إلى أجلها السابقة ، فتصبح ديونا مؤجلة غير حالة ، ولا تعمل إلا بانقضاء أجلها انقضاء طبيعيا بانقضاء المدة لاحقا طريق سقوط الأجل . وتلغى بهذا كل من المادتين ٢٦١ و ٢٦٣ .

ولان زال الإعصار بحكم قضائي بسبب كتابة أموال المدين لوفاء ديونه الحالية منها والمؤجلة ، كانت هذه الديون طائفتين : (١) طائفة حل أجلها حولا

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التي هي في هذا المعنى ما يأتي : «اجزاء من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإصدار لا ينفذ أي اختصاص يرتب على مقاربات المدين في حق دائليه ذوي الحقوق التابعة لتاريخ قبل هذا التسجيل . وقد أبعد هذا النص ديان المشاركة بين الدائنين السابقة حقوقهم على تلك الدعوى ، على نحو يتلهم من معناه التزم وقطع . ويكون الحق الاختصاص ، فيما عدا ذلك ، جوارا بالنسبة للدائنين من أصحاب الحقوق السابقة على الدعوى ، فيما لو انتهت حالة الإصدار (م ٣٤٩ من المشروع) ، فمن يحصل منهم على هذا الحق أن يبيع به على من تلقا ديونهم بعد انتهاء حالة الإصدار » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ١٧٨ - ١٧٩) . وفان ما جاء في المذكرة الإيضاحية في موضع آخر : «يرسلط من ناحية أخرى أن رخصة الاختصاص بمقاربات المدين تعود إليهم ، ويكون ما ترتب من الحقوق بمقتضاها نافذا في حق كل دائن ليس لهية تاريخ ثابت عند رفع دعوى شهر الإصدار » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ١٩٩) .

طبيعياً ، أما لأنها كانت حالة وقت شهر الاصدار وأما لأنها حلت بعد ذلك بانقضاء مدة الأجل لا يسقطه . فهذه الديون تكون حالة مستحقة الأداء ، وعلى المدين الذى زالت حالة إصداره الوفاء بها ، والاخذ القانون إجراءات التنفيذ الجبرى واستوفوا حقوقهم من أمواله : وهى تكفى فرضاً لوفاء لبالديون لحالة وحلها ، بل بها وبالديون المؤجلة . (٢) وطائفة لم يحل أجلها ، وإنما كان الأجل قد سقط بشهر الاصدار . هذه الديون إذا كانت لم توف ، تعود إليها آجالها السابقة بموجب المادة ٢٦٣ - للمادة ٢٦١قرة أولى - ترجع ديوناً مؤجلة ، وعند انقضاء مدة الأجل تكون مستحقة الأداء ، وعلى المدين الوفاء بها . والمفروض أن حنده من المال ما يكفى للذلك<sup>(١)</sup> ، فإن لم ينفذ طولها اتخذت إجراءات التنفيذ الجبرى . ويشترط لرجوع الآجال بعد سقوطها - كما تقضى صراحة المادة ٢٦٣ - أن يكون المدين قد وفى ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الاصدار أثر فى حلولها ، أى أن يكون قد وفى الطائفة الأولى من الديون .

وإن زال الاصدار بقوة القانون - بانقضاء خمس سنوات من تاريخ التأشير بحكم شهر الاصدار - وفى المدين الديون التى حلت دون أن يكون لشهر الاصدار أثر فى حلولها على النحو الذى قلناه ، كان من حقه أن يطلب - بموجب المادة ٢٦٣ للمادة ٢٦١قرة أولى - إرجاع الآجال السابقة للديون التى تكون آجالها قد سقطت بسبب شهر الاصدار ولم يكن سبق الوفاء بها<sup>(٢)</sup> .

## ٧٢٢ - فسخ المدين بمرزوال حالة إصداره لأصل المهرى

غير المباشرة والمهرى البرولصة : قلنا أن المدين الذى زالت حالة إصداره بحكم قضائى أو بقوة القانون يعود له حق التصرف فى ماله . ولكن قد يقع أن هذا

---

١ - وانظر الأستاذ ميه الى حياوى ٣ ص ٢٢٦ - وقرن الأستاذ محسن شبيب فى الإلانس ققرة ١١ .

(١) وحالاً ما يمكن قد أسر مرة أخرى فى الفترة التى سبقت انقضاء الأجل ، فعند ذلك تبرز الفرصة إلى إصداره من جديد .

(٢) قرن المذاكرة الإيطالية المذروح التمهيدى فى جموعة الأعمال للمصيرية ص ٦٩٩ - ص ٧٠٠ - وهى تشرح المذروح التمهيدى كحل تنفيذى فى لجنة المراجعة .

المدين الذي زالت حالة إحصاره القانونى يبقى مع ذلك مصرراً إحصاراً فعلياً (١) .  
هى هذه الحالة يصبح المدين عاصماً لأحكام كل من الدعوى غير المباشرة  
والدعوى البولصية . ذلك أن انتهاء حالة الاحصار بحكم قضائى أو بقول القانون -  
كما قول المادة ٢٦٤ - لا يمنع اللاتين من الطعن فى تصرفات المدين بالدعوى  
البولصية ، ولا من التمسك باستعمال حقوقه بالدعوى غير المباشرة ، وذلك كله  
وفقاً للمواد ٢٣٥ - ٢٤٣ مدنى ، وهى النصوص التى تبسط أحكام كل من  
الدعوىين .

فيجوز لللاتين إلى أن يستعملوا حقوق مدينهم للمصر إحصاراً فعلياً ، بعد  
زوال إحصاره القانونى ، من طريق الدعوى غير المباشرة ، فان الذى يشترط  
فى هذه الدعوى هو الاحصار الفعلى دون الاحصار القانونى كما قلنا .

ويجوز لللاتين كذلك أن يطمئنا فى تصرفات المدين للمصر إحصاراً فعلياً ،  
بعد زوال إحصاره القانونى ، بالدعوى البولصية ، فان الذى يشترط فى هذه  
الدعوى أيضاً هو الاحصار الفعلى دون الاحصار القانونى كما سبق القول . وعلى  
اللاتين فى هذه الحالة أن يراعوا توافر شروط الدعوى البولصية ، إلا إذا عاودوا  
إلى شهر إحصار المدين من جديد بعد توافر شروط الاحصار القانونى ، فعند  
ذلك لا تسرى تصرفات المدين فى حقهم دون حاجة إلى الطعن فى هذه التصرفات  
بالدعوى البولصية .

وبمخلص لنا من ذلك أن المدين قد تتعاقب عليه حالتا الاحصار القانونى

---

(١) ويحقق ذلك إذا كان زوال حالة الإحصار القانونى قد تم بسبب وفاء المدين التى حلت  
دون أن يكون لعدم الإحصار أثر فى حلها ، فقد لا يكون عند المدين مال يمكن لرفعه بالدعوى  
التي حامت إليها أجبلاً ، فيكون مصرراً إحصاراً فعلياً . ويحقق أيضاً إذا كان زوال حالة  
الإحصار القانونى قد تم بفترة القانون بالنقض خمس سنوات ، فقد يبقى المدين بعد انقضاء هذه المدة  
مصرراً إحصاراً فعلياً بعد زوال حالة الإحصار القانونى . بل إنه إذا كان زوال حالة الإحصار القانونى  
قد تم بسبب كفاية أموال المدين للوفاء بجميع ديونه الحالية والمقبلة ، أى إذا زال الإحصار القانونى  
والإحصار الفعلى فى وقت واحد ، فإن المدين قد يعود إلى الإحصار الفعلى دون أن يعتبر إحصاراً  
قانونياً .

والإصدار الفعلي . فإن كان في حالة إصدار القانون ، فإنه يكون خاصاً بالنظام الخاص الذي يسلطه تخطيطه فيها . أما إذا كان مرسماً إصداراً عاماً فإنه لا يكون خاصاً لهذا النظام الخاص ، بل يخضع النظام العام الذي يخضع له جميع المدنيين ، وهو النظام الذي تسوده أحكام الدعوى الثلاث : الدعوى غير المباشرة والدعوى الولائية ودعوى القسورية .

# فهرس مجل

## لمشروعات الكتاب

سلسلة

- ١ ..... خطة البحث  
١ ..... إثبات نظرية الإلتزام على فكرة التصرف القانوني وقراءة القانونية  
١ ..... الرجوع إلى القسم المظلي : مصادر الإلتزام والإلتزام في ذاته

## القسم الأول الاثبات

- ١١ ..... خطة البحث

### مقدمة

- ١٣ ..... ١ - نظرة عامة على الإثبات  
١٣ ..... أولاً - تعريف الإثبات وأهميته ومكانه في القانون  
١٣ ..... (أ) تعريف الإثبات وأهميته  
١٦ ..... (ب) مكان الإثبات في القانون  
٢٦ ..... ثانياً - المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها قواعد الإثبات  
٢٧ ..... (أ) مبدأ النظام القانوني للإثبات  
٣٠ ..... (ب) مبدأ حياض القاضي  
٣٢ ..... (ج) مبدأ دور المحرم الإيجابي - الحق في الإثبات  
٤٦ ..... ٢ - مسائل الإثبات  
٤٦ ..... أولاً - حل الإثبات  
٤٦ ..... (أ) ما هو حل الإثبات  
٥٧ ..... (ب) الشروط الواجب توافرها في حل الإثبات

صفحة

٦٥	ثانياً - صبه الإثبات .....
٦٧	أ) صبه الإثبات من ناحية المبدأ .....
٧٧	ب) صبه الإثبات من ناحية التطبيق .....
٨٩	ثالثاً - طرق الإثبات .....
٨٩	أ) ما هي طرق الإثبات ( سلطة الخصوم وسلطة محكمة التفتيش في شأنها ) .....
٩٨	ب) تقسيم طرق الإثبات ( تقسيمات خسة ) .....

## الباب الأول

### طرق الإثبات ذات القوة المطلقة

#### الكتابة

١٠٥	الورقة والسند والتصرف .....
١٠٦	أنواع الأوراق وتوحيدها في الإثبات .....
١٠٨	الفرق ما بين الورقة الرسمية والورقة القهرية .....

#### الفصل الأول

##### الأوراق الرسمية

١١١	الفرع الأول - الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة الرسمية ...
	المبحث الأول - صدور الورقة الرسمية من موظف عام أو شخص مكلف بتمتع عامة .....
١١٤	المبحث الثاني - اختصاص الموظف من حيث الموضع ومن حيث المكان ...
١٢١	المطلب الأول - اختصاص الموظف من حيث الموضع .....
١٢٦	المطلب الثاني - اختصاص الموظف من حيث المكان .....
١٢٩	المبحث الثالث - مراعاة الأرصاع التي تفرعها القوانين .....
١٣٥	المبحث الرابع - جزاء الإخلال بحدود من هذه الشروط .....
١٤٣	الفرع الثاني - حجية الورقة الرسمية في الإثبات .....
١٤٤	المبحث الأول - حجية الورقة الرسمية فيما بين الطرفين .....
١٤٤	المبحث الثاني - حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير .....
١٤٨	المبحث الثالث - حجية الورقة الرسمية فيما يتعلق بالصورة .....

## الفصل الثاني

### الأوراق العرفية

١٧٥	.....	تفريع الأول - الأوراق العرفية المعلقة للإثبات
١٧٦	.....	المبحث الأول - الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة العرفية
١٨٤	.....	المبحث الثاني - حجية الورقة العرفية في الإثبات
١٨٥	.....	المطلب الأول - حجية الورقة العرفية فيما بين المتعاقبين
١٩٦	.....	المطلب الثاني - حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير
١٩٧	.....	أ) حجية الورقة بالنسبة إلى الغير من حيث صفوها من وقع طبعا
١٩٨	.....	ب) حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من حيث صحة الوقائع التي وردت بها
١٩٩	.....	ج) حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من حيث صحة التاريخ الذي تحصله الورقة
٢٠٠	.....	أ) أولاً (التصوص القانوني)
٢٠١	.....	ثانياً (من هو المقصود بالغير في تاريخ الورقة العرفية)
٢٢٤	.....	ثالثاً (الأوراق العرفية التي تخضع لقاعدة ثبوت التاريخ)
٢٣٨	.....	رابعاً (الطرق القانونية التي يصبح بها التاريخ ثابتاً)
٢٤٦	.....	المطلب الثالث - حجية الورقة العرفية فيما يتعلق بالصور
٢٥٤	.....	تفريع الثاني - الأوراق العرفية غير المعلقة للإثبات
٢٥٥	.....	المبحث الأول - الرسائل والبرقيات
٢٦٦	.....	المبحث الثاني - دفاتر التجار
٢٦٨	.....	المطلب الأول - الدفاتر التجارية
٢٧٦	.....	المطلب الثاني - قوة الدفاتر التجارية في الإثبات
٢٨٩	.....	المبحث الثالث - الدفاتر والأوراق المنزلية
٢٩٠	.....	المبحث الرابع - التأشير بجماعة ذمة الدين
٢٩٥	.....	المطلب الأول - التأشير على سند في يد المدين
٢٩٢	.....	المطلب الثاني - التأشير على سند أو مخالصة في يد المدين

## الباب الثاني

### طرق الإثبات ذات القوة المحدودة

#### الهيئة وقرائن القضاية

٢١٠	.....	الهيئة المنسوبة (إحالة)
٢١٠	.....	تعدد هيئة وقرائن القضاية من حيث قوة الإثبات

ملحة

## الفصل الأول

### البيئة والقرآن التفضائية

٢١١	القرع الأول - البيئة أو الشهادة .....
٢١١	المبحث الأول - أنواع البيئة .....
٢١٩	المبحث الثاني - سلطة القاضي في تقدير البيئة .....
٢٢٤	المبحث الثالث - للقرع الذي تتبع في سماع البيئة .....
٢٢٧	القرع الثاني - القرائن التفضائية .....
٢٢٩	المبحث الأول - عناصر القرينة التفضائية وسلطة القاضي في تقديرها .....
	المبحث الثاني - تكيف القرائن بوجه عام وعموما من قرائن تفضائية إلى قرائن
٢٢٦	قانونية .....

## الفصل الثاني

### قوة البيئة والقرآن في الإثبات

٢٤٠	القرع الأول - قوة الإثبات المطلقة للبيئة والقرآن .....
٢٤٠	المبحث الأول - الوثائق القانونية المادية .....
٢٤٩	المبحث الثاني - المصنفات القانونية التجارية .....
٢٥٤	القرع الثاني - قوة الإثبات المحدودة للبيئة والقرآن .....
٢٥٦	المبحث الأول - القاعدة العامة .....
	المطلب الأول - لا تقبل البيئة والقرآن في مصنفات قانونية تزيد نسبياً
٢٦٩	على طرفة جنحيات .....
٢٧٤	١ - تحديد المصنف القانوني .....
٢٧٨	٢ - تحديد نسبة الإثبات .....
٢٩٤	مطلب الثاني - لا تقبل البيئة والقرآن فيما يختلف الكتاب أو يفرزها ...
٤١٧	المبحث الثاني - الاستثناءات .....
٤١٢	المطلب الأول - مبدأ قبول الوثائق .....
٤١٧	١ - وجود ورقة مكتوبة .....
٤٢٧	٢ - مسطرة من الكسب أو من يملكه .....
٤٣٥	٣ - تحمل للمصنف به قريب الاحتمال .....
٤٤٦	المطلب الثاني - قيام المانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها .....



٤٤٨	١ - فهم المانع من الحصول على الكتابة .....
٤٥٠	أ ( المانع المالى .....
٤٦٠	ب ( المانع الأجنبى .....
٤٦٥	٢ - فهم المانع من تقديم الكتابة للشخص بسبب أجنبى .....

## الباب الثالث

### الطرق المفضية من الإثبات الإقرار واليمين والقرائن القانونية

#### الفصل الأول الإقرار

٤٧١	تعريف الإقرار بوجه عام .....
٤٧٤	صور الإقرار وشكله .....
٤٧٦	الإقرار غير التام .....
٤٨١	الإقرار التام .....
٤٨١	الفرع الأول - أركان الإقرار .....
٤٨٣	الركن الأول - اعتراف الخصم .....
٤٩٠	الركن الثانى - واقعة قانونية معترف بها .....
٤٩٢	الركن الثالث - أمام القضاء .....
٤٩٣	الركن الرابع - أثناء سير الدعوى .....
٤٩٦	الفرع الثانى - حجية الإقرار .....
٤٩٨	المبحث الأول - الإقرار حجة قاطعة على المقر .....
٥٠١	المبحث الثانى - الإقرار حجة قاصرة على المقر .....
٥٠٤	المبحث الثالث - الحجزة فى الإقرار .....

#### الفصل الثانى

##### اليمين

٥١٥	الفرع الأول - يمين الحاسمة .....
٥١٩	لمبحث الأول - توجيه يمين الحاسمة .....

ملحة

- المطلب الأول - من توجه اليمين الحاسية ..... ٥١٩  
 المطلب الثاني - لمن توجه اليمين الحاسية ..... ٥٢٩  
 المطلب الثالث - متى توجه اليمين الحاسية ..... ٥٣٢  
 المطلب الرابع - موضوع اليمين الحاسية ..... ٥٣٧  
 المطلب الخامس - عدم جواز الرجوع في اليمين الحاسية ..... ٥٤٧  
 المبحث الثاني - الآثار التي ترتب على توجيه اليمين الحاسية ..... ٥٥١  
 المطلب الأول - حلف الخصم ليمين الحاسية ..... ٥٥٢  
 المطلب الثاني - رد الخصم ليمين الحاسية على خصمه ..... ٥٦١  
 المطلب الثالث - التكرار من اليمين الحاسية ..... ٥٦٦  
 المطلب الرابع - حجية يمين الحاسية ..... ٥٧٠  
 الفرع الثاني - يمين المتنصية ..... ٥٧٣  
 § ١ - توجه يمين المتنصية ..... ٥٧٥  
 § ٢ - الآثار التي ترتب على توجيه يمين المتنصية ..... ٥٨١  
 § ٣ - صور نخاسة من يمين المتنصية ..... ٥٨٧  
 يمين الاستيثاق ..... ٥٨٨  
 يمين الاستظهار ..... ٥٩٢  
 يمين التفويض ..... ٥٩٣

الفصل الثالث

القرآن القانونية وحجية الأمر المقضي

- الفرع الأول - القرائن القانونية ..... ٥٩٧  
 المبحث الأول - دكن القرينة القانونية والمهمة التي تقوم بها هذه القرينة ... ٥٩٩  
 المبحث الثاني - حجية القرينة القانونية في الإثبات ..... ٦٠٥  
 المطلب الأول - القرينة القانونية الناطقة أو المطلقة ..... ٦٠٧  
 المطلب الثاني - القرينة القانونية غير الناطقة أو تنسية أو الجسمة ... ٦٢٤  
 الفرع الثاني - حجية الأمر المقضي ..... ٦٣٠  
 تمهيد ..... ٦٣٠  
 المبحث الأول - المفروض الواجب توافرها في الحكم ..... ٦٤٨  
 المطلب الأول - حكم قضائي ..... ٦٤٨  
 المطلب الثاني - حكم قضائي ..... ٦٤٨  
 المطلب الثالث - استلزام بالاجبة في مملوك الحكم لاني أسبابه ..... ٦٦٦  
 المبحث الثاني - المفروض الواجب توافرها في الحق القضائي ..... ٦٧٥

ملحة

٦٧٦	..... المطلب الأول — اتحاد الخصوم
٦٨٩	..... المطلب الثاني — اتحاد المثل
٦٩٦	..... المطلب الثالث — اتحاد الجب

## القسم الثاني آثار الالتزام

٧١٧	..... تهمة
٧١٧	..... (١) تنفيذ الالتزام
٧٢١	..... (٢) الالتزام الطبيعي والالتزام الملقى
٧٢٤	..... § ١ — الالتزام الطبيعي
٧٢٦	..... أ — الحالات التي يقوم فيها الالتزام الطبيعي ...
٧٤٢	..... ب — الآثار التي تترتب على الالتزام الطبيعي ...
٧٥٥	..... § ٢ — الالتزام الملقى

## الباب الأول التنفيذ المعنى

٧٥٧	..... متى يكون التنفيذ المعنى وكيف يكون
-----	---

### الفصل الأول

#### متى يكون التنفيذ المعنى

٧٥٨	..... النصوص القانونية
٧٥٩	..... شروط أربعة :
٧٦٠	..... الشرط الأول — أن يكون التنفيذ المعنى مكتناً
٧٦١	..... الشرط الثاني — أن يطلب المدين التنفيذ المعنى أو يقدم به المدين
٧٦١	..... الشرط الثالث — ألا يكون في التنفيذ المعنى إرهاب المدين أو يكون فيه إرهاب
٧٦٤	..... ولكن المدعى عنه يلحق بالمدين ضرراً جسيماً
٧٦٦	..... الشرط الرابع — إبطاء المدين (إحالة)

## الفصل الثاني

### كيف يكون التنفيذ العيني

٧٦٨	الفرع الأول - موضوع التنفيذ العيني .....
٧٦٨	المبحث الأول - الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر .....
٧٦٩	المطلب الأول - محل الالتزام فيه معين بالذات يملكه الملتزم .....
٧٧٤	المطلب الثاني - محل الالتزام شيء لم يمتد إلا بنوعه .....
٧٧٨	المبحث الثاني - الالتزام بسلم .....
٧٧٩	المطلب الأول - الالتزام بإلاد عناية .....
٧٨٢	المطلب الثاني - الالتزام بالتسليم .....
٧٨٨	المطلب الثالث - الالتزام بإنجاز عمل معين .....
٧٩٥	المبحث الثالث - الالتزام بالامتناع من عمل .....
٧٩٩	الفرع الثاني - وسائل التنفيذ العيني .....
٨٠٠	المبحث الأول - الإكراه البدني .....
٨٠٤	المبحث الثاني - التهديد المالي .....
٨٠٧	المطلب الأول - شروط الحكم بالتهديد المالي وعيذاته وطبيعته وسننه القانوني .....
٨١٩	المطلب الثاني - أثر الحكم بالتهديد المالي .....

## الباب الثاني

### التنفيذ بطريق التمويض

٨٢٣	من يكون التنفيذ بطريق التمويض .....
٨٢٤	التنفيذ بطريق التمويض يقتل كل التزام أيا كان مصفوه .....
٨٢٥	وسائل تنفيذ التمويض .....
٨٢٥	كيفية تقديم التمويض .....

## الفصل الأول

### التمويض القضائي

٨٢٦	الفرع الأول - الإعلال .....
٨٢٦	الموضوع القانوني .....

**صفحة**

٨٣٠	..... متى الإطّار
٨٣١	..... كيف يتم الإطّار
٨٣٤	..... الحالات التي لا ضرورة لها للإطّار
٨٤٠	..... النتائج القانونية التي تترتب على الإطّار
٨٤٢	..... <b>الفرع الثاني - تقدير القاضي للتعويض</b>
٨٤٢	..... نوعا التعويض
٨٤٣	..... عناصر التعويض
٨٤٥	..... الضرر المباشر والضرر المتوقع الحصول
٨٤٦	..... تقدير التعويض بمبلغ من النقود
٨٤٧	..... شروط استحقاق التعويض
٨٤٨	..... الخطأ (إحالة)
٨٤٨	..... الضرر (إحالة)
٨٤٩	..... علاقة السببية (إحالة)
٨٤٩	..... التسهيل الاتفاقي لقراءة المستولية (إحالة)

**الفصل الثاني**

**التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي**

٨٥٣	..... <b>الفرع الأول - شروط استحقاق الشرط الجزائي وتكييفه القانوني</b>
٨٥٥	..... المبحث الأول - شروط استحقاق الشرط الجزائي
٨٦٠	..... المبحث الثاني - التكييف القانوني للشرط الجزائي
٨٦٧	..... <b>الفرع الثاني - ما يترتب على الشرط الجزائي من الأثر</b>
٨٧٠	..... المبحث الأول - متى يجوز تخفيض الشرط الجزائي
٨٧٧	..... المبحث الثاني - متى يجوز زيادة الشرط الجزائي

**الفصل الثالث**

**التعويض القانوني أو الفوائد**

٨٨٣	..... <b>الفرع الأول - شروط استحقاق الفوائد</b>
٨٨٧	..... ١ - الشروط التي تعدد حصة استحقاق الفوائد
٨٩١	..... ٢ - شروط استحقاق الفوائد الباطنية
٩٠٠	..... ٣ - شروط استحقاق الفوائد التعسفية

ملحة

- ٩٠٢ ..... الفرع الثاني - مقدار القوائد كما حددها القانون
- ٩٠٣ ..... المبحث الأول - سمر الفائدة
- ٩١١ ..... المبحث الثاني - جواز الزول من الحدود المقررة وجواز الزيادة عليها
- ٩١٢ ..... المطلب الأول - جواز الزول من الحدود المقررة لسر الفائدة
- ٩٢٦ ..... المطلب الثاني - جواز الزيادة على الحدود المقررة لسر الفائدة

## الباب الثالث

### أموال المدين تكفل تنفيذ التزاماته

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

- ٩٢٣ ..... أموال المدين ضامنة لالتزاماته
- ٩٣٦ ..... الطرق التحفظية والطرق التنفيذية
- ٩٤٠ ..... طرق وسطى ما بين التحفظية والتنفيذية

## الفصل الأول

### الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة

- ٩٤٣ ..... الفرع الأول - شروط الدعوى غير المباشرة
- ٩٤٥ ..... المبحث الأول - الشروط التي ترجع إلى الدائن
- ٩٥٢ ..... المبحث الثاني - الشروط التي ترجع إلى المدين
- ٩٥٨ ..... المبحث الثالث - الشروط التي ترجع إلى الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين
- ٩٦٨ ..... الفرع الثاني - الآثار التي تترتب على الدعوى غير المباشرة
- ٩٧٠ ..... المبحث الأول - آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى المدين
- ٩٧٣ ..... المبحث الثاني - آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الخصم
- ٩٧٦ ..... المبحث الثالث - آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة إلى الدائن
- ٩٧٨ ..... الفرع الثالث - الدعوى المباشرة
- ٩٨٠ ..... المبحث الأول - حالات الدعوى المباشرة في التقنين المدني المصري
- ٩٨٨ ..... المبحث الثاني - الأساس القانوني والتصريحي للدعوى المباشرة

سنة

## الفصل الثاني الدعوى البولصية

- الفرع الأول - شروط الدعوى البولصية ..... ١٠٠٠
- المبحث الأول - الشروط التي ترجع إلى الدائن ..... ١٠٠٤
- المبحث الثاني - الشروط التي ترجع إلى المصروف المظنون فيه ..... ١٠٠٨
- المطلب الأول - تصرف قانوني ..... ١٠٠٩
- المطلب الثاني - تصرف مفقود ..... ١٠١٢
- المطلب الثالث - تصرف نال في الوجود لحق الدائن ..... ١٠٢٢
- المبحث الثالث - الشروط التي ترجع إلى المدين ..... ١٠٢٧
- المطلب الأول - الإحصار ..... ١٠٢٨
- المطلب الثاني - النشر والتواظف ..... ١٠٣٤
- المبحث الرابع - التقادم في الدعوى البولصية ..... ١٠٤٦
- الفرع الثاني - الآثار التي تترتب على الدعوى البولصية ..... ١٠٥٠
- المبحث الأول - أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى الدائن ..... ١٠٥٧
- المبحث الثاني - أثر الدعوى البولصية بالنسبة إلى المدين ومن تصرف له المدين ..... ١٠٦٦

## الفصل الثالث دعوى الصورية

- الفرع الأول - تحديد الصورية ..... ١٠٧٣
- من الصورية وأنواعها : الصورية المظنفة والصورية بطريق التستر  
والصورية بطريق المضادة والصورية بطريق التفسير ..... ١٠٧٣
- شروط تحقق الصورية ..... ١٠٧٧
- تميز الصورية عن حالات مفاجأة ..... ١٠٧٧
- منطقة الصورية ..... ١٠٧٩
- الفرع الثاني - أحكام الصورية ..... ١٠٨٠
- المبحث الأول - أحكام الصورية بالنسبة إلى المصنفين وأخلفهم ..... ١٠٨٢
- المبحث الثاني - أحكام الصورية بالنسبة إلى الغير ..... ١٠٨٨
- المبحث الثالث - للصورية من حيث الدعوى وطرق الإثبات ..... ١١٠٥
- ١ - من حيث الدعوى ..... ١١٠٥
- ٢ - من حيث طرق الإثبات ..... ١١٠٨



### الفرع الثالث - مقارنة دعوى الصورية بكل من الدعوى البولصية

- ١١١٥ ..... والدعوى غير المباشرة .....
- ١١١٦ ..... المبحث الأول - مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البولصية .....
- ١١٢١ ..... المبحث الثاني - مقارنة دعوى الصورية بالدعوى غير المباشرة .....

## الفصل الرابع

### الحق في الحبس

- ١١٢٤ ..... تمهيد - تكييف الحق في الحبس : .....
- ١١٢٤ ..... كيف نشأ الحق في الحبس .....
- ١١٢٦ ..... الحق في الحبس في القانون الملقى الفرنسي .....
- ١١٢٨ ..... حق الحبس في التفتين الملقى المصري السابق .....
- ١١٣١ ..... الحق في الحبس في التفتين الملقى المصري الجديد .....

### الفرع الأول - نشوء الحق في الحبس

- ١١٢٧ ..... للمبحث الأول - الشروط الواجب توافرها لنشوء الحق في الحبس .....
- ١١٢٨ ..... المطلب الأول - ديثان مقابله .....
- ١١٤٥ ..... المطلب الثاني - قيام الارتباط ما بين التفتين .....
- ١١٥٠ ..... كيف يحصل الدائن الحق في الحبس عند توافر شرطه .....
- ١١٥١ ..... المبحث الثاني - تطبيقات على الحق في الحبس .....
- ١١٥٢ ..... المطلب الأول - تطبيقات منصوص عليها في القانون .....
- ١١٥٢ ..... ١ - تطبيقات تقوم على الارتباط للقانون أو التفتين .....
- ١١٥٦ ..... ٢ - تطبيقات تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى .....
- ١١٦١ ..... المطلب الثاني - تطبيقات غير منصوص عليها في القانون .....
- ١١٦٢ ..... ١ - تطبيقات تقوم على الارتباط للقانون أو التفتين .....
- ١١٦٦ ..... ٢ - تطبيقات تقوم على الارتباط المادى أو الموضوعى .....

### الفرع الثاني - الآثار التي ترتب على الحق في الحبس

- ١١٧٤ ..... للمبحث الأول - حقوق الحبس لغيره .....
- ١١٧٤ ..... المطلب الأول - طاعة الحبس لغيره بالكلية .....
- ١١٧٩ ..... المطلب الثاني - طاعة الحبس لغيره بالتبعية .....
- ١١٨١ ..... المبحث الثاني - واجبات الحبس لغيره .....



ملحة

- ١١٨٧ ..... الفرع الثالث - انقضاء الحق في الحبس  
 ١١٨٨ ..... للمبحث الأول - انقضاء الحق في الحبس بطريق تبي  
 ١١٩٠ ..... للمبحث الثاني - انقضاء الحق في الحبس بطريق أصل

الفصل الخامس

الإعصار

- تمهيد : الإعصار المدف والإفلاس التجاري - الإعصار في التفتين المدف  
 ١١٩٨ ..... السابق وفي التفتين المدف الجديد :  
 ١١٩٨ ..... مقومات الإفلاس التجاري  
 ١١٩٩ ..... مقارنة بين الإفلاس التجاري والوسائل المدنية التي تقدم ذكرها  
 ١٢٠٢ ..... الإفلاس التجاري والإعصار المدف  
 ١٢٠٣ ..... الإعصار في التفتين المدف السابق  
 ١٢٠٤ ..... تنظيم الإعصار في التتريعات المدفنة  
 ١٢٠٧ ..... تنظيم الإعصار في التفتين المدف الجديد  
 ١٢١١ ..... الفرع الأول - شهر حالة الإعصار  
 ١٢١١ ..... للمبحث الأول - طرقا دعوى الإعصار  
 ١٢٢١ ..... للمبحث الثاني - إجراءات دعوى الإعصار  
 ١٢٢٢ ..... الفرع الثاني - الآثار التي تترتب على حالة الإعصار  
 ١٢٢٩ ..... للمبحث الأول - بالنسبة إلى المدين  
 ١٢٢٩ ..... للمبحث الثاني - بالنسبة إلى الدائنين  
 ١٢٤١ ..... الفرع الثالث - انتهاء حالة الإعصار  
 ١٢٤٢ ..... للمبحث الأول - كيف تنتهي حالة الإعصار  
 ١٢٤٦ ..... للمبحث الثاني - ما الذي يترتب على انتهاء حالة الإعصار









